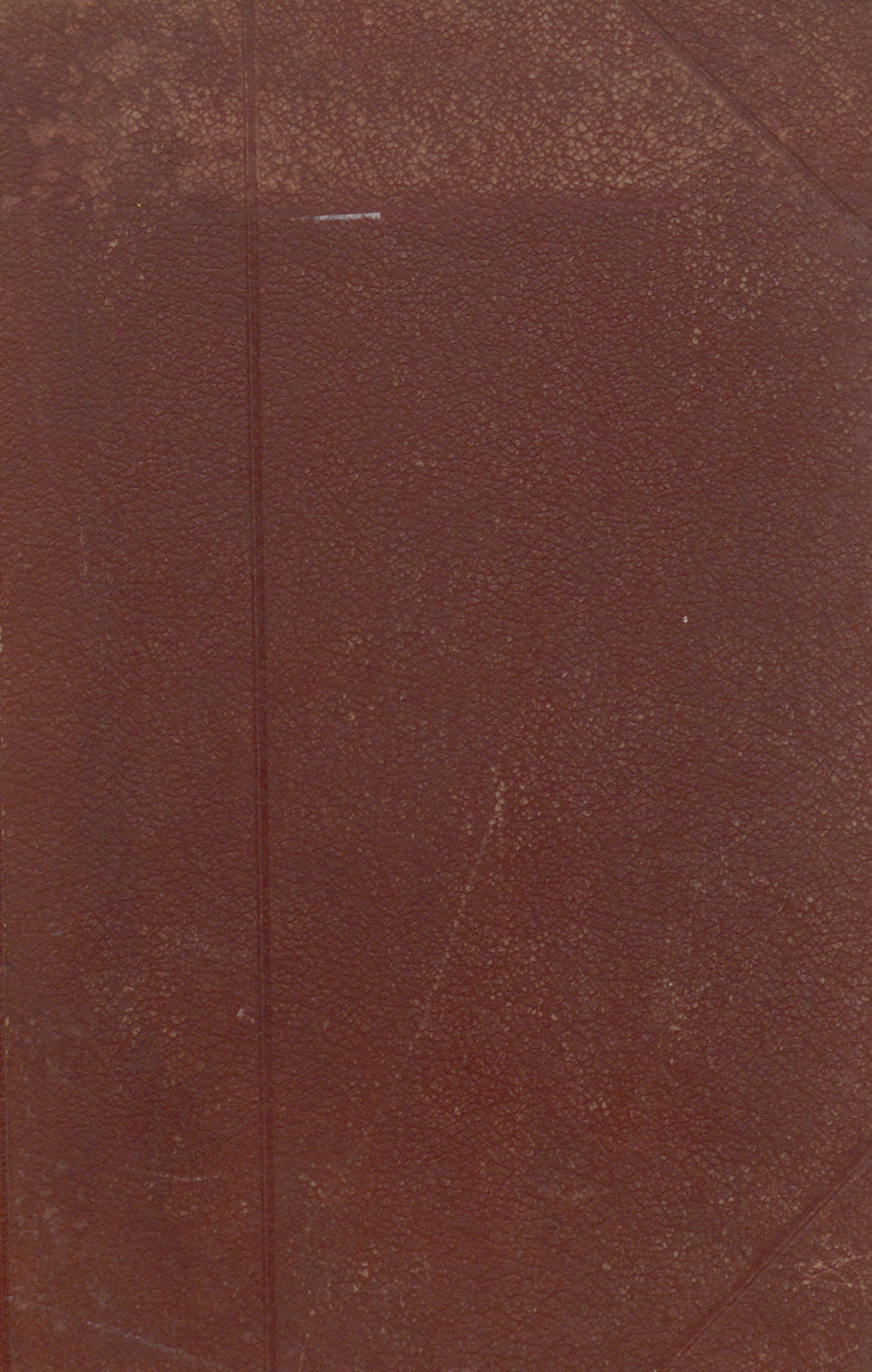




Das Bürgerliche Gesetzbuch

mit besonderer Berücksichtigung
der Rechtsprechung des Reichsgerichts

erläutert von

**Busch, Schaffeld, Dr. Ebbecke, Erler, Kiehl, Dr. Lobe,
Dr. Mansfeld, Michaelis, Oegg, Schliewen und Seyffarth**
Reichsgerichtsräten

Dritte, vermehrte Auflage

II. Band:
Sachenrecht



Berlin und Leipzig 1921.
Vereinigung wissenschaftlicher Verleger
Walter de Gruyter & Co.
vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung — J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung —
Georg Reimer — Karl J. Trübner — Veit & Comp.





Roßberg'sche Buchdruckerei, Leipzig

Inhaltsverzeichnis

Drittes Buch. Sachenrecht

Abkürzungen

(Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags. Zweite Ausgabe. Berlin 1910)

AG . . . . Ausführungsgesetz.

ALR . . . Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten v. 5. 2. 1794.

AnfG . . . Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, in der Fassung v. 20. 5. 98.

BayObLG. Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Gegenständen des Zivilrechts.

DJZ . . . Deutsche Juristenzeitung.

EG . . . . Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

E I . . . Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der Bearbeitung der I. Kommission.

E II . . . Derselbe Entwurf in der Bearbeitung der II. Kommission.

FGG . . . Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Fassung v. 20. 5. 98.

GBO . . . Grundbuchordnung in der Fassung v. 20 5. 98.

GenG . . . Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in der Fassung v. 20. 5. 98.

GewGG . Gewerbegerichtsgesetz in der Fassung v. 29. 9. 01.

GewO . . Gewerbeordnung in der Fassung v. 26. 7. 00.

GmbHG. . Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der Fassung v. 20. 5. 98.

Gruch . . . Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot.

GVG . . . Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung v. 20. 5. 98 usw.

HGB . . . Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 97.

JMBl . . . Justizministerialblatt.

JW . . . Juristische Wochenschrift.

KfmGG . . Gesetz betreffend Kaufmannsgerichte v. 6. 7. 04.

KGJ . . . Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

KO . . . . Konkursordnung in der Fassung v. 20. 5. 98.

LZ . . . . Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.

M . . . . Motive zu dem von der ersten Kommission ausgearbeiteten Entwurfe des BGB.

OLG . . . Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Falkmann und Mugdan.

P oder Prot Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von Achilles, Gebhard und Spahn.

PStG. . . Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und der Eheschließung v. 6. 2. 75.

RAO . . . Rechtsanwaltsordnung v. 1. 7. 78.

RBG . . . Gesetz, betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, in der Fassung v. 18.5.07.

Recht . . . Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.

RG . . . Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs. — Die nicht in dieser Sammlung, sondern in anderen Zeitschriften veröffentlichten Entscheidungen sind mit dem Zusatze „RG“ aus 1. der Juristischen Wochenschrift, 2. Gruchots Beiträgen, 3. Warneyers Jahrbuch, Ergänzungsband, 4. Seufferts Archiv, 5. Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 6. Das Recht in der angegebenen Reihenfolge, mehrfach abgedruckte Entscheidungen aber nur einmal angeführt. Andere Sammlungen sind nur ausnahmsweise berücksichtigt. Die bisher überhaupt noch nicht abgedruckten Entscheidungen sind mit „RG“ nebst Datum und Aktenzeichen angeführt.

RGSt . . Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

RGBl . . Reichsgesetzblatt.

RJA . . . Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt.

ROHG . . Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts

RVerf. . . Verfassung des Deutschen Reichs v. 11. 8. 19.

RVO . . . Reichsversicherungsordnung v. 19. 7. 11.

SeuffA . . Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

StGB. . . Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich in der Fassung v. 26. 2. 76.

StPO. . . Strafprozeßordnung v. 1. 2. 77.

UnlWG . . Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7. 6. 09.

UWG . . . Gesetz über den Unterstützungswohnsitz in der Fassung v. 30. 5. 08.

VerlG . . Gesetz über das Verlagsrecht v. 19. 6. 01.

VersVG . . Gesetz über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 08.

Vf . . . . Verfügung.

VO . . . . Verordnung.

Warn . . . Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband 1908 ff.

WO. . . . Wechselordnung in der Fassung v. 3. 6. 08.

ZPO . . . Zivilprozeßordnung in der Fassung v. 20. 5. 98 usw.

ZVG . . . Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in der Fassung v. 20. 5. 98.

Drittes Buch

Sachenrecht

Erster Abschnitt

Besitz

Während es sich beim Schuldverhältnisse um ein Rechtsverhältnis von Person zu Person handelt (Vorbem 2 vor § 241), hat es das Sachenrecht mit Rechtsverhältnissen von der Person zur Sache oder im Sinne des BGB mit Rechten „an der Sache" zu tun. Solche Rechte sind unter sich zwar verschiedenartig, je nachdem sie an eigener oder fremder Sache bestehen, und dementsprechend ein volles Herrschaftsrecht (Eigentum) oder nur ein beschränktes Recht (Gebrauchs-, Nutzungs-, Veräußerungsrecht oder ein Recht auf den Erwerb der Sache) gewähren. Gemeinsam aber ist ihnen allen, daß sie ein wirkliches subjektives Recht darstellen (Vorbem vor § 241). Beim Besitze dagegen trifft das letztere nicht zu. Er hat zwar ebenfalls seine Stelle im Sachenrechte gefunden, weil begriffsmäßig auch bei ihm eine unmittelbare Beziehung von Person zur Sache vorliegt. Aber dies Verhältnis ist hier, jedenfalls im Sinne des geltenden Gesetzes, kein rechtliches, sondern begrifflich ein nur tatsächliches, wie unter § 854 näher darzulegen sein wird. Trotzdem ist dem Besitze eine bedeutsame Rolle auch innerhalb des eigentlichen Rechtsgebiets zugewiesen, so daß ihm im Ergebnisse selbst auch die Geartung als Recht beigelegt worden ist. Dem Besitzer als solchem gewährt nämlich das Gesetz ein (wirkliches) Recht auf Schutz seines Besitzstandes, als wäre seine Herrschaft über die Sache nicht nur tatsächlich, sondern rechtlich begründet. Dem Besitze selbst sodann legt es die Eigenschaft als eines Rechtsguts insofern bei, als es ihn für übertragbar und vererblich erachtet (§§ 854 Abs 2, 857, 870), auch für fähig hält, Gegenstand eines Vermächtnisses zu sein (§ 2169). Der Besitz dient auch als eine gesetzliche Voraussetzung für die Entstehung von Sachenrechten (§§ 929, 937, 958, 1205), und weiter knüpft sich an ihn die wichtige Eigentumsvermutung (§§ 1006, 1055, 1227, 1248), in anderen Fällen die Vermutung für die Empfangsberechtigung des Besitzers (§§ 851, 969); in wieder anderen Fällen sieht das Gesetz den Besitzer als solchen als den Haftbaren an (§§ 836, 831). Berücksichtigt man das alles, so erscheint die Auffassung, daß der Besitzer, wenn nicht eine wirkliche Rechtsstellung, so doch eine rechtsähnliche Stellung hat, zutreffend, und demgemäß ist auch die Ansicht berechtigt, daß der Besitz wie ein „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 verletzbar ist (§ 861 A 7), und daß er wie eine Vermögensleistung unter dem Gesichtspunkte der grundlosen Bereicherung (§ 812) zurückgefordert werden kann. Der Grund schließlich aber, weshalb der Besitz nach der Rechtsordnung eine Würdigung erfahren hat, als wäre er ein Recht, und insbesondere rechtlichen Schutz finden muß, ist die Rücksichtnahme auf den Rechtsfrieden, der auch die Aufrechterhaltung der äußeren tatsächlichen Beziehungen der Personen zu den Sachen fordert (Prot 3, 31). Das Gesetz unterscheidet in diesem Abschnitte den unmittelbaren Besitz (§ 854) und den mittelbaren Besitz (§ 868); den Vollbesitz und den Teilbesitz (§ 865); den Eigenbesitz (§ 872).

§ 854

Der Besitz[1]) einer Sache[2]) wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben[3]).

Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben[4]) [5]) [6]).

E I 797, 803 Abs 2 II 777; M 3 78, 80, 91, 93; P 3 26, 33.

1. Der Begriff **Besitz** wird vom Gesetze zwar nicht ausdrücklich bestimmt; insbesondere wird nicht ausgesprochen, ob er ein erworbenes (subjektives) Recht (Vorbem 2 vor § 241) oder ein lediglich tatsächliches Verhältnis von Person zur Sache darstellt. Aber mittelbar gibt das Gesetz auf diese Fragen doch Antwort, indem es bestimmt, wie Besitz erworben wird,

und so die rechtlichen Voraussetzungen des Besitzes vorsieht. Wenn nun das Gesetz besagt, daß Besitz durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt einer Person über eine Sache erworben wird, und wenn Besitz (abgesehen von § 854 Abs 2 u. § 857) ausschließlich auch nur auf solche Art begründet werden kann, so ist nicht zu bezweifeln, daß man unter Besitz begriffsmäßig nur ein tatsächliches Verhältnis, nämlich das tatsächliche Gewaltverhältnis von Person zur Sache zu verstehen hat. Die Rechtsordnung kann freilich auch solchen Vorgängen, die an sich nur tatsächlicher Art sind, eine rechtserzeugende Wirkung beilegen, wie es hinsichtlich des Zeitablaufs bei der Ersitzung geschehen ist (§ 937). Aber dem Vorgange des Besitzerwerbs hat das Gesetz eine solche Wirkung nicht zugedacht. Daß das Gesetz unter Besitz in der Tat bloß eine tatsächliche Beziehung von Person zur Sache versteht, findet seine besondere Bestätigung noch darin, daß das Gesetz auch die Beendigung des Besitzes ausschließlich an den Verlust des tatsächlichen Gewaltverhältnisses knüpft (§ 856). Allerdings sind mit dem tatsächlichen Verhältnisse Rechtsfolgen ebenfalls verbunden worden (vgl. die Vorbemerkung); aber auch das kann an der grundsätzlichen Auffassung vom Wesen des Besitzes nichts ändern. Man muß es hinnehmen, daß die Rechtsordnung die Sache so zu regeln für richtig befunden hat, wie es geschehen ist. — Im Auge hat das Gesetz in § 854 wie auch sonst überall, wo von Besitz schlechthin die Rede ist, nur den **unmittelbaren Besitz**, den Fall also, daß dem Besitzer die Sache unmittelbar zugänglich ist. Das Nähere darüber unten A 3. (Über den mittelbaren Besitz handelt erst § 868). — Zwischen Besitz einerseits und Innehabung oder Gewahrsam anderseits unterscheidet das BGB nicht mehr. Der Versuch, den „juristischen Besitz" im Gegensatz zum „Verkehrsbesitze" auch unter seiner Herrschaft wieder grundsätzlich einzuführen, ist abzulehnen. — Das Strafrecht (§ 246 StGB), in dessen Sinne es auf die juristische Natur des Gewahrsams oder des Besitzes überhaupt nicht ankommt (**RG**St 29, 209; 30, 88; 37, 198), wird durch die Auffassungen des BGB über den Begriff Besitz nicht berührt. Beibehalten haben den Ausdruck Gewahrsam auch noch die §§ 808, 809 ZPO. Was hier im Sinne des § 6 unter Besitz zu verstehen ist, darüber entscheidet das jeweilig herrschende bürgerliche Recht (**RG** 61, 92).

2. **Besitzfähig** kann nach dem geltenden Rechte lediglich eine **körperliche Sache** sein (§ 90). Ein Besitz an Rechten ist daher fortan nur noch nach Landesrecht auf den diesem vorbehaltenen Gebieten (EG Art 96, 196) möglich (Fischereirecht, Wasserrecht). Im Falle der §§ 1029, 1090, betreffend den Besitzschutz bei Dienstbarkeiten, handelt es sich nur um eine entsprechende Anwendung der Vorschriften vom Besitze. Besitz ist weiter nur möglich an einer genau bestimmten Sache. Ferner nur an solchen Sachen, die einer tatsächlichen Beherrschung zugänglich sind. Die Besitzfähigkeit der Sache wird jedoch nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie ihrer Natur nach für den Gemeingebrauch bestimmt ist. — Auch in Ansehung eines Sachinbegriffs (§ 92), insbesondere eines Warenlagers, kann die zum Besitze erforderliche Gewalt rechtlich nur an den einzelnen zur Sachgesamtheit gehörigen Sachen bestehen. Erstreckt sich die über eine Sachgesamtheit als solche ausgeübte tatsächliche Gewalt auch mit auf die einzelnen dazugehörigen Sachen, so ist doch der Besitzerwerb hinsichtlich der einzelnen Stücke nur in der Weise herstellbar, daß der neue Besitzer die Gewalt über die einzelnen Sachen selbst erlangt. Dazu ist erforderlich, daß sie so genau bestimmt sind, daß es einer weiteren Kennzeichnung oder Aussonderung nicht bedarf; eine Bestimmung nur der Zahl oder Menge nach genügt daher nicht (**RG** 52, 285; 53, 218). — Möglich ist Besitz auch an abgegrenzten, einer Sonderherrschaft zugänglichen Teilen einer Sache (§ 865).

3. Zum **Erwerbe des Besitzes** ist die **Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache** erforderlich. Was hierunter zu verstehen sei, besagt das Gesetz ebenfalls nicht. Ob jemand die erforderliche Gewalt erlangt hat, kann daher nur von Fall zu Fall entschieden werden, und als Maßstab müssen dabei insbesondere die Anschauungen des Verkehrs gelten. Notwendig ist jedenfalls, daß die Sache der Person räumlich so zugänglich geworden ist, daß der Besitzer auf die Sache beliebig einzuwirken und über sie beliebig tatsächlich zu verfügen vermag (sei es selbst, sei es nach § 855 durch einen andern). Der Besitz wird auch dem Umfange nach nur soweit begründet, als den bezeichneten Anforderungen entsprochen ist. Daher gibt auch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Hauptsache nicht ohne weiteres zugleich den Besitz am Zubehör. — Hinsichtlich der Art des Besitzerwerbs ist zu unterscheiden, ob die Sache bisher besitzlos oder ob sie im Besitz eines andern gewesen war. Im ersteren Falle kann immer nur eine einseitige Besitzergreifungshandlung in Betracht kommen. Im andern Falle ist der Besitzerwerb in doppelter Art möglich: einmal wiederum im Wege rein einseitiger Besitzergreifung, sodann aber unter Mitwirkung des bisherigen Besitzers. Der einseitig erworbene Besitz wird, wenn die Sache sich bereits im Besitze eines andern befunden hatte, regelmäßig zwar ein widerrechtlicher sein, es sei denn, daß der Erwerber ein besonderes Recht zur Besitzergreifung hatte (wie bei dem Rechte der Selbsthilfe nach § 229 oder beim Privatpfändungsrecht). Aber ungeachtet der Fehlerhaftigkeit seines Besitzerwerbs (§ 858) hat der Handelnde (z. B. der Dieb) durch seine einseitige Handlung dennoch den Besitz erlangt. Der Besitzerwerb unter

Mitwirkung des früheren Besitzers ist vor dem einseitigen Erwerbe in der Hinsicht bevorzugt, daß nur er als Grundlage für den Rechtserwerb im guten Glauben dienen kann (§§ 932ff.). — Die Besitzergreifung selbst muß stets in einem äußerlichen erkennbaren Vorgange bestehen, wie der Besitz selbst erkennbar sein muß, und wie denn überhaupt die Erkennbarkeit das allgemeine kennzeichnende Merkmal dinglicher Rechte und dinglicher Herrschaftsverhältnisse ist (RG 66, 262; 77, 208). — Beim zweiseitigen Besitzerwerbe durch Übergabe ist erforderlich, daß der Erwerber die tatsächliche Gewalt (nicht bloß die rechtliche Verfügungsbefugnis) über die Sache mit Zustimmung des bisherigen Besitzers erhält (RG 53, 220; JW 08, 681[13]; Warn 1917 Nr 55). Eine bloß symbolische Besitzübertragung ist nach dem geltenden Rechte nicht mehr möglich (RG 77, 207). Es muß insbesondere ersichtlich gemacht sein, daß das Besitzverhältnis des früheren Besitzers aufgehört und der andere die Gewalt erlangt hat (RG 66, 262ff.; vgl. auch 74, 146). Die Einräumung eines bloßen rechtlichen Verfügungsrechtes oder des Rechtes auf die Besitzergreifung für den Besitzerwerb ist in Ansehung des Besitzerwerbs regelmäßig unwesentlich (RG JW 02, 37[39]). Sonach begründet z. B. auch die Gestattung der Entnahme von Bodenbestandteilen (Kies oder dgl.) nicht ohne weiteres die Einräumung des Besitzes am Grundstück oder an Teilen desselben (RG JW 02 Beil 201). Ebensowenig begründet die bloße Erklärung des bisherigen Besitzers, er „überweise" dem andern die — auf seinem Boden lagernden — Sachen, Besitz an diesen (RG JW 09, 130[1]). Die Gestattung des Abhiebs des auf dem Stamme verkauften Holzes kann nach dem Willen der Vertragschließenden unter Umständen lediglich die Bedeutung haben, daß das Schlagen der Bäume vorerst nur zur Vorbereitung der demnächstigen Besitz- und Eigentumsübertragung erfolgen, an sich also eine Änderung an den Besitz- und Eigentumsverhältnissen nicht hervorrufen soll und daß mithin Besitz und Eigentum erst mit der nach Bezahlung des Kaufpreises gestatteten Abfuhr übergehen sollen (RG 72, 310). Dagegen kann in der mit Zustimmung des Veräußerers erfolgten Zunagelung eines Raumes eine Besitzübergabe hinsichtlich der darin befindlichen Sachen gefunden werden (RG 56, 313); desgl. in der Ausantwortung des Schlüssels eines Raumes oder eines Behältnisses (RG 40, 223; 77, 207; Gruch 48, 955; JW 08, 681), auch wenn im gegebenen Falle der Verpfänder den Schlüssel wieder abholt, sofern er ihn nur wieder zurückbringt (RG JW 07, 140[22]). Auch der Umstand, daß der bisherige Besitzer bei Aushändigung eines Schlüssels zu dem Raume, in dem sich die zu übertragenden (zu verpfändenden) Sachen befinden, einen zweiten Schlüssel für sich behält, schließt es noch nicht aus, daß der Empfänger des Schlüssels den Besitz an den Sachen erhält (RG 66, 264). Die Niederlegung von Paketen auf dem Tische der Postverwaltung in Gegenwart und mit Wissen des Postbeamten begründen Besitz der Postverwaltung schon mit der Niederlegung (RG 70, 318). Unter allen den bezeichneten Umständen wird dem Erwerber nicht ein bloßes Verfügungsrecht, sondern die Möglichkeit der tatsächlichen Beherrschung selbst eingeräumt. Hierfür ist nicht Erfordernis, daß die Sache der Einwirkung Dritter völlig entzogen wird, oder daß die Zugänglichkeit des Raumes, in dem sich die betreffenden Sachen befinden, für andere schlechthin ausgeschlossen wird (RG 66, 264; St 2, 65). Aber Alleinbesitz ist jedenfalls doch Besitz in dem Sinne, daß begrifflich auch ein Mitbesitz anderer (§ 866) nicht bestehen kann. Daher ist Alleinbesitz ausgeschlossen, wenn der andere, dem etwa der Raum oder das Behältnis ebenfalls zugänglich geblieben ist, die Möglichkeit des Zutritts in der Weise benutzt, daß auch er Besitzhandlungen vornimmt (RG 66, 263). Durch Inbesitznahme der gemieteten Geschäftsräume erlangt der Mieter zugleich auch den Besitz an der Außenwand und ist daher auch an deren Benutzung zu Reklamezwecken geschützt (RG 80, 284; JW 05, 367[5]). Vgl. § 865. Der Mann hat Besitz an den in die Ehewohnung eingebrachten Sachen der Frau (RG JW 14, 146[9]). Zur Besitzübertragung durch den Gerichtsvollzieher genügt es, wenn er angesichts der in Verwahrung genommenen Sachen dem anderen erklärt, daß er ihm diese Sachen ausliefere (RG 74, 355). — **Der Wille,** die Sache zu besitzen, ist vom Gesetz als Erfordernis für den Besitzerwerb nicht aufgestellt, insbesondere wird nicht der Wille erfordert, die Sache als eigene zu besitzen. Ist ein solcher Wille im besonderen Falle betätigt worden, so wird der Besitz nur zu einem rechtlich besonders gearteten (Eigenbesitz gemäß § 872). Allein ein auch nur tatsächliches Gewaltverhältnis ist schlechthin ausgeschlossen, wenn man im gegebenen Falle vom Beherrschungswillen völlig absieht; denn es scheint nicht denkbar, daß man von der tatsächlichen Beherrschung einer Sache jemals auch dann schon reden kann, wenn jemand zwar den äußeren Umständen nach die Möglichkeit zur Gewaltausübung hätte, er sich aber zu dieser noch nicht entschlossen hat. Jedenfalls wäre es innerlich widerspruchsvoll, anzunehmen, daß man Besitz selbst gegen seinen Willen erlangen könnte. Bei dieser Sachlage darf aus dem Umstande, daß das Gesetz von dem Erfordernisse einer Willensbetätigung beim Besitzerwerbe in § 854 abgesehen hat, allerdings soviel gefolgert werden, daß dem Willen hier keinesfalls die Bedeutung einer rechtlichen Voraussetzung für den Erwerb zukommt und der betätigte, natürliche Wille mithin nicht die Eigenschaft eines rechtsgeschäftlichen Willens hat, so daß auch alle Regeln von dem rechtsgeschäftlichen Willen fortfallen müssen. Dagegen darf nicht darüber hinaus zugleich angenommen werden, daß sich das Gesetz das

erforderliche Gewaltverhältnis ganz ausschließlich von den objektiven Tatumständen als abhängig vorstellt. Das wäre der Natur der Dinge selbst entgegen, da eben auch ein nur tatsächliches Gewaltverhältnis ohne Vorhandensein eines Beherrschungswillens (abgesehen vom Falle des § 857) nicht denkbar ist. Besitz wird daher z. B. zu verneinen sein, wenn nichts anderes vorliegt, als daß eine Sache in die von einer Person beherrschten Räume ohne ihr Wissen geschafft worden ist (vgl. indessen **RGSt** 30, 88), oder daß eine Sache zufällig auf ihr Grundstück gelangt (§ 867 A 4). Aber freilich kann es sehr wohl sein, daß jemand sich bereits zum voraus entschlossen und diesen Willen auch bereits betätigt hat, den Besitz an den wenn auch ohne sein Wissen (tatsächlich) in seine Gewalt gelangten Sachen zu erwerben, so an Sachen, die in den Briefkasten gelegt werden, oder an dem in der Schlinge sich fangenden Wilde. Unter solcher Voraussetzung erwirbt er den Besitz, ohne daß es noch eines neuen Entschlusses bedürfte, schon auf Grund der zuvor getroffenen Veranstaltungen, selbst wenn er noch nicht einmal erfahren hat, daß die Sachen in seine Gewalt gelangt sind. Aus Gründen ähnlicher Art wird auch der Besitz an Früchten oder an anderen wesentlichen Bestandteilen ohne besondere Besitzergreifung erworben, wenn diese Sachen durch die Trennung von der Hauptsache verselbständigt werden und innerhalb des Herrschaftsbereichs des Grundstücksbesitzers verblieben sind. — Der Standpunkt des Gesetzes dem Willenserfordernisse gegenüber steht mit seiner ganzen Auffassung vom Wesen des Besitzes und des Besitzerwerbs in innerem Zusammenhange (A 1, 2), und von hier aus ist daher auch die Frage zu beantworten, ob ein in rechtlichem Sinne **Willensunfähiger** Besitz zu erwerben und zu haben überhaupt imstande ist. Er ist es insofern, als der Besitzerwerb kein Rechtsgeschäft ist, und er ist es insoweit, als er den (natürlichen) Willen haben konnte und gehabt hat, die Sache in seine tatsächliche Gewalt zu bringen. Daß ein nur beschränkt Geschäftsfähiger selbst Besitz erwerben kann, ist als selbstverständlich angenommen worden (Prot 2, 33). Durch das Bestehen einer gesetzlichen Stellvertretung (in Form elterlicher Gewalt oder bestehender Vormundschaft) wird der Besitzerwerb durch ein Kind nicht ausgeschlossen (**RG** 64, 386).

4. **Der Besitzerwerb durch Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers** kommt nur ausnahmsweise in Betracht und kann nur in Frage stehen bei bereits im Besitze eines andern befindlichen Sachen. In dem gegebenen Rahmen dient die bezeichnete Erwerbsart zur Erleichterung des Besitzerwerbs. Die Erleichterung besteht gegebenenfalls darin, daß der Besitz schon durch gegenseitige Willenserklärungen erlangt wird und daß es somit keiner tatsächlichen Besitzergreifungshandlung wie bei besitzfreien Sachen bedarf. Der Besitzerwerb mittels bloßer Einigung ist jedoch nur dann zugelassen, wenn der Erwerber sogleich in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben (was er darzutun hat, **RG** Gruch 49, 127), und diese Voraussetzung kann nur unter folgenden Umständen erfüllt sein: In der Natur der Sache liegt es zunächst, daß für einen Besitzwechsel mittels bloßer Einigung nur dann Raum ist, wenn sich der Erklärungsgegner des Erwerbers zur Zeit der Einigung noch selbst im Besitze befand. Notwendig ist weiter, daß der Genannte seine bisherige Gewalt über die Sache selbst aufgibt. Behält er sie, dann ist die Möglichkeit des Besitzerwerbs durch Einigung ohne weiteres ausgeschlossen (**RG** Warn 08 Nr 681); so z. B., wenn der bisherige Besitzer die Schlüssel des Lagerplatzes behalten hat und nach wie vor über die ankommenden und abgehenden Waren verfügt (**RG** 25. 1. 07 II 238/06). Ferneres Erfordernis ist, daß die Erlangung der tatsächlichen Gewalt auch ohne Mitwirkung des bisherigen Besitzers überhaupt möglich ist. Endlich aber, daß auch sonstige Umstände, insbesondere das Verhalten dritter Personen, die Zugänglichkeit der Sache nicht hindern. — Die **Einigung** selbst ist ein Rechtsgeschäft und unterliegt als solches allen Regeln von Willenserklärungen (§§ 116ff., 164ff., 181). Daher ist auch eine Stellvertretung beim Besitzerwerbe mittels Einigung ohne weiteres zulässig. Sie setzt im übrigen das Vorhandensein einer Verpflichtung zur Besitzübertragung nicht notwendig voraus (**RG** 68, 101). Aber infolge des der Willenseinigung anhaftenden Mangels kann zugleich das Grundgeschäft und die dingliche Einigung nichtig und der Besitz daher nicht erworben sein (**RG** JW 07, 540[1]). Darüber, ob die Einigung als abstraktes, von dem zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verhältnisse unabhängiges Rechtsgeschäft von dessen Nichtigkeit unbedingt unbeeinflußt bleibt (**RG** 68, 100), vgl. § 325 A 1c. Daß im Wege der Einigung nach § 328 Besitz unmittelbar auch zugunsten eines Dritten erworben werden könnte, ist zu verneinen (**RG** 66, 99). Der § 328 setzt ein Verpflichtungsgeschäft voraus; die Einigung ist dagegen ein Erfüllungsgeschäft, und für die Anwendung des § 328 ist hier somit keine Stelle. Vgl. hierzu des näheren § 328 A 1 a. E. — Zum Inhalte hat die Einigung die Abmachung, daß der bisherige Besitzer seine Besitzlage, wie sie eben ist und wie er sie fortsetzen kann, auf den andern überträgt; nie genügt aber eine Einigung, durch die lediglich ein Verfügungsrecht begründet wird (**RG** Warn 08 Nr 681). Auch genügt nicht eine bloße Überweisungserklärung (**RG** JW 09, 130[1]). Anwendbar ist Abs 2, wenn der Käufer von der Forstverwaltung die Holzabfuhrzettel erhält (**RG** 6. 1. 06 VII 201/05).

5. **Besitzerwerb durch Stellvertreter** (vgl. Vorbem 5 vor § 164 u. § 164 A 4). Der Grundsatz der freien Stellvertretung beim Besitze hat nach dem geltenden Rechte keine all-

gemeine Geltung mehr. Von einer Stellvertretung beim Besitzerwerbe kann vielmehr nur da die Rede sein, wo die tatsächliche Handlung des einen für den andern unmittelbar wirksam wird, und mithin durch die Besitzergreifung des Vertreters der andere (der Vertretene) den (unmittelbaren) Besitz erlangt, was nur beim Besitzerwerbe durch den Besitzdiener der Fall (§ 855 A 1); oder wenn es sich um Besitzerwerb mittels des Rechtsgeschäfts der Einigung handelt. S. oben A 4. Stellvertretung liegt dagegen nicht vor im Falle des § 868, da hier der Handelnde den unmittelbaren Besitz für sich selbst erwirbt und der andere Teil eine Besitzstellung nur mittelbar erlangt. Die Stellvertretung beim Besitze grundsätzlich zuzulassen, mußte dem Gesetzgeber deswegen fernliegen, weil er den rechtsgeschäftlichen Willen als Begriffsmerkmal des Besitzes nicht hat anerkennen wollen (A 3 oben und Vorbem 5 vor § 164). Bei der gesetzlichen Stellvertretung (elterlichen Gewalt, Vormundschaft) ist der gesetzliche Stellvertreter der unmittelbare Besitzer der von ihm in Besitz genommenen, dem Vertretenen gehörigen Sachen; denn seine Rechtsstellung ist kraft Gesetzes eine selbständige. Der Vertretene ist nur mittelbarer Besitzer (§ 868 A 3). Ein Fall der Stellvertretung beim Besitzerwerbe liegt auch hier mithin nicht vor. Über den Besitzstand unter Eheleuten vgl. § 868 A 3). Die allgemein besitzfähigen juristischen Personen erwerben durch ihre Vertreter regelmäßig selbst den unmittelbaren Besitz, aber nur deswegen, weil das Handeln des Vertreters nicht als Handeln anstatt der juristischen Person mit Wirkung für diese, sondern als eigenes Handeln der juristischen Person anzusehen ist. (§ 855 ist hier sowenig wie im Falle der elterlichen Gewalt oder der Vormundschaft anwendbar.) Je nach der Verfassung einer juristischen Person ist es indessen auch möglich, daß ihr Stellvertreter den unmittelbaren Besitz für sich selbst erwirbt, so wenn er eine Sache in seine persönliche Verwahrung nimmt. Der § 983 spricht ausdrücklich von dem Besitze „einer öffentlichen Behörde". — Der Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Nachlaßverwalter, Treuhänder (§ 31 HypBankG v. 13. 7. 99) haben nach richtiger Ansicht ebenfalls nicht die Rechtsstellung eines Stellvertreters, da sie kraft eigenen Rechtes handeln (**RG** 52, 333, ferner Vorbem 2 vor § 164), und sie erwerben sonach auch ihrerseits den unmittelbaren Besitz. — Über den Besitz des Pfandhalters im Sinne des § 1206 vgl. **RG** 66, 261.

6. Soweit das Landesrecht gilt, kann Besitz auch durch eine bloße behördliche Anordnung erworben werden, so beim Zusammenlegungsverfahren durch die Besitzüberweisung (**RG** 18. 6. 02 VI 124/02) und bei der Enteignung gemäß § 32 des PrGes. v. 11. 6. 74 durch die Enteignungserklärung. — Nach den Übergangsbestimmungen Artt 180, 191 EG finden die Vorschriften des BGB über den Besitz auf die vor dem 1. 1. 00 entstandenen Besitzverhältnisse keine Anwendung (**RG** 54, 135). In örtlicher Hinsicht regelt sich der Übergang des Besitzes auch an beweglichen Sachen nach dem Gesetze des Ortes, wo sie sich befinden (**RG** 11, 52).

§ 855

Übt jemand[1]) die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen[2]) in dessen Haushalt[3]) oder Erwerbsgeschäft[4]) oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat[5]), so ist nur der andere Besitzer[6]).

E II 778; P 3 31, 33; 6 219.

1. Nach der hierfür gebräuchlich gewordenen Bezeichnung der **Besitzdiener**, Besitzgehilfe. Er ist im Sinne des Gesetzes nur Stellvertreter des Besitzherrn im Besitze, da seine Besitzhandlungen allein dem Genannten zugerechnet werden und demgemäß nur dieser Besitz erwirbt (§ 854 A 4 u. 5).

2. Die erste Voraussetzung für das Vorhandensein einer Besitzdienerschaft ist, daß der Besitzdiener die **tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen andern ausübt** (den Besitzherrn). Diese Voraussetzung ist lediglich eine sachliche. Denn gefordert wird nur, daß der Besitzdiener tatsächlich auf Grund des zwischen ihm und dem andern bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses (A 4) handelt, die Gewalt also anstatt des andern ausübt. Dagegen wird nicht verlangt, daß der Besitzdiener, abgesehen von seiner im allgemeinen gewollten Unterordnung unter die Weisungen des Besitzherrn (A 5), auch im besonderen Falle sich entschließt, für den Genannten zu handeln. Daher ist die Anwendbarkeit des § 855 im Einzelfalle auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Besitzdiener (innerlich) den Willen gehabt hat, nicht für den Besitzherrn, sondern für sich selbst den Besitz auszuüben. Eine derartige nur innerliche Entschließung des Besitzdieners ist rechtlich unerheblich, solange der Besitzdiener überhaupt im Rahmen des allgemeinen Abhängigkeitsverhältnisses tätig gewesen ist (Prot 3, 36). Die Sachlage wird erst dann eine andere, wenn der Besitzdiener seinen Willen in die Tat umgesetzt und etwa die Sache durch eine äußerlich erkennbare Handlung dem Besitze des Dienstherrn entzogen hat (z. B. ein Dienstbote durch widerrechtliche Wegnahme). Liegt das vor, dann wird

die Beendigung des Besitzes des Besitzherrn und anderseits der Erwerb des Besitzes durch den Besitzdiener auch nicht dadurch gehindert, daß der letztere rechtswidrig und gegen den Willen des Herrn handelt (§ 854 A 3). Hat der Besitzdiener eine Sache, die er für den Besitzherrn erwerben sollte, unter solchen Umständen für sich selbst erworben, daß der Herr trotz des auftragswidrigen Verhaltens des Besitzdieners in bezug auf die Sache keinen Anspruch erworben hat, so ist auch der § 855 zu seinen Gunsten nicht anwendbar. Sollte beispielsweise der Besitzdiener eine bestimmte Sache für den Haushalt des Herrn anschaffen, so sind folgende Fälle denkbar: Kauft der Besitzdiener die Sache schlechthin und erfolgt auch die Übergabe schlechthin (also weder auf den Namen des Herrn noch auf den des Besitzdieners), dann erlangt den Besitz der Herr, selbst wenn der Besitzdiener sich insgeheim vorbehält, die Sache für sich zu erwerben. Kauft der Besitzdiener dagegen die Sache in eigenem Namen und läßt er sie sich auch auf eigenen Namen übergeben, oder kauft er die Sachen überhaupt nicht, läßt er sie sich vielmehr schenken und schenkweise übergeben, dann mag er sich verantwortlich gemacht haben, aber der Herr hat den Besitz nicht erlangt.

3. Der Begriff des **Haushalts** ist ein weiterer als der des Hausstandes (§§ 1617, 1618, 1619, 1969). Es kann jemand in dem Haushalte (§§ 196, 1361, 1620, 1932) eines andern tätig sein, ohne dessen Hausstand anzugehören (§ 1618), z. B. eine Waschfrau, ein Lohndiener. Ein Gast, dem eine Sache zum Gebrauche überlassen wird, ist jedoch nicht Besitzdiener, weil er in keinem Abhängigkeitsverhältnisse steht (a. A. Staudinger A 3b). Der Gastgeber behält die unmittelbare tatsächliche Gewalt über die Sache. Es läßt sich auch nicht allgemein als Regel annehmen, daß jedes Mitglied des Hausstandes eines andern, das die Gewalt über eine zum Haushalte gehörige Sache ausübt, dies in Eigenschaft als Besitzdiener des andern tut. Es wird vielmehr auch hier darauf ankommen, ob der Betreffende in Ansehung der Sache den Weisungen desjenigen, der dem Haushalte vorsteht, zu folgen hat, insbesondere also auf dessen Geheiß die Sache ihm auszuantworten verpflichtet ist oder nicht. Daß die Sache gerade zu den Haushaltungsgegenständen (§§ 1382, 1640, 1969, 1932) gehört, ist nicht erforderlich. Die Worte „in dessen Haushalt" sind auch nicht räumlich zu verstehen. Es genügt, daß die Sache überhaupt nur zum Haushalte gehört, gleichgültig, wo sie sich befindet. Das Besitzdienerverhältnis bleibt z. B. auch dann bestehen, wenn der unmittelbare Besitzer seinen Angestellten mit einer Sache zum Zwecke ihres Verkaufs nach einem anderen Orte sendet (RG 71, 248). Ein Bediensteter, der Sachen für den Haushalt einkauft und nach Hause befördert, übt ebenfalls die Gewalt darüber bereits unterwegs für den Dienstherrn aus.

4. Der Ausdruck **Erwerbsgeschäft** ist hier wie sonst (§§ 112, 1367, 1405 u. a.) im weitesten Sinne zu verstehen; er greift im Falle jeder berufsmäßig auf Erwerb gerichteten Tätigkeit Platz. In Betracht kommen hier kaufmännische, gewerbliche, künstlerische, wissenschaftliche Gehilfen, Gutsverwalter, Leiter von Zweiggeschäften, gelegentlich auch die Ehefrauen in Abwesenheit des Ehemanns (RG 51, 23), Packer, Bodenmeister (RG JW 09, 105[3]), der Förster hinsichtlich der seiner Aufsicht unterworfenen geschlagenen Hölzer (RGSt 14, 305); endlich im inneren oder äußeren Betriebe beschäftigte Arbeiter. Wenn der Gehilfe zugleich zur Stellvertretung ermächtigt ist, so schließt das seine Eigenschaft als Besitzdiener nicht aus. Auf den Ort der Besitzausübung kommt es hier ebenfalls nicht an (RG 71, 248); s. A 3 a. E.

5. Ein Besitzdienerverhältnis setzt eine derartige Beziehung zwischen den beiden Beteiligten voraus, daß **der eine den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des andern Folge zu leisten hat.** Der Diener muß sonach, indem er die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, lediglich als das Werkzeug des andern in Betracht kommen, also nicht nur schuldrechtlich etwa zur Aufbewahrung oder zur Herausgabe der Sache verpflichtet sein, sondern den Weisungen des andern schlechthin und ohne weiteres zu folgen haben. Entscheidend über das Vorhandensein eines solchen Verhältnisses ist die Verkehrsanschauung. Innerhalb dieser Beziehungen kann der Gehilfe für den Besitzherrn unmittelbar sowohl Besitz erwerben (RG 66, 265) als auch den Besitz erhalten. Insoweit hat er von Gesetzes wegen die Stellung eines Stellvertreters im Besitze. Indessen gibt ihm seine Stellung nicht auch die Befugnis zur Besitzübertragung auf einen Dritten. Daraus folgt, daß, wenn eine Sache dem Besitze des Besitzherrn durch einen Dritten entzogen ist, auf seiten des Besitzherrn unfreiwilliger Besitzverlust gemäß § 935 auch dann vorliegt, wenn der Dritte im Einverständnise mit dem Besitzdiener gehandelt oder wenn dieser dem Dritten die Sache übergeben hat. Für die Frage des unfreiwilligen Besitzverlustes kommt beim Besitzdienerverhältnis überhaupt nur der Wille des Besitzherrn, nicht der des Besitzdieners in Betracht. Abhanden gekommen ist eine Sache im Sinne des § 935 demnach stets, wenn der (unmittelbare) Besitz ohne den Willen des Besitzherrn ihm verlorengegangen ist (RG 71, 248). Das Verhältnis zwischen Besitzherrn und Besitzdiener kann im übrigen privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher, dauernder oder vorübergehender Art sein (z. B. bei der Annahme eines Tagelöhners, RG JW 08, 527[12]) oder bei Beauftragung eines Dienstmanns mit Beförderung einer Sache (str.). Maßgebend für das Bestehen eines Besitzdienerverhältnisses ist lediglich das soziale Abhängigkeits-

verhältnis, kraft dessen der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache durch den Besitzdiener als sein Werkzeug ausübt (RG Warn 09 Nr 416). Das Abhängigkeitsverhältnis muß auch erkennbar sein, damit der Besitz selbst erkennbar und überhaupt vorhanden sei (RG 77, 209). Auch ein rein tatsächliches Verhältnis (z. B. ein nichtiger Dienstvertrag oder ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis) kann als Grundlage genügen, wenn nur die Beteiligten davon ausgehen, daß der eine den Weisungen des andern in Ansehung der Sache zu folgen hat. Besitzdiener sind beispielsweise die Ehefrau, der der Mann für den Fall kurzer Abwesenheit die Obhut über die Sachen seines Geschäfts übertrug (RG 51, 23); der Bergverwalter, der die tatsächliche Gewalt über die der Gewerkschaft gehörigen Pferde ausübt (RG 52, 118); der Spediteur, dessen sich der Importeur von Getreide, zu dessen Löschung und Weitersendung bedient (RG 70, 408); derjenige, dem verpfändete Sachen als „Pfandhalter" zur Aufbewahrung übergeben sind (RG 66, 261). Besitzdiener ist dagegen nicht, wer betreffs gewisser Sachen vertragsmäßig die Gefahr zu tragen hat, also bei Ausübung der tatsächlichen Gewalt sein eigenes Interesse wahrnimmt, wie entsprechendenfalls der Ziegelmeister betreffs der von ihm angefertigten Ziegel (RG 72, 285).

6. Unter den gegebenen Voraussetzungen ist **der andere** (der Besitzherr) **unmittelbarer Besitzer,** weil ihm die Ausübung der Gewalt durch den Besitzdiener unmittelbar als eigene Tätigkeit zugerechnet wird (§ 854 A 5). Der Besitzdiener hat dagegen keinerlei Art von Besitz (A 2). Auch im Sinne des Strafrechts nicht (RG JW 08, 601[11]). Er macht sich, wenn er die in seiner Obhut befindliche Sache sich aneignet, nicht der Unterschlagung, sondern des Diebstahls schuldig. Auch die Befugnisse des Selbsthilferechts aus § 859 sind ihm nur insoweit eingeräumt, daß er sie zum Schutze des Besitzes des Besitzherrn ausüben darf (§ 860).

§ 856

Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt[1]) oder in anderer Weise verliert[2]).

Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt[3]).

E I 808, 810 II 779; M 3 103; P 3 27, 34.

1. Die **Beendigung des Besitzes** — und zwar des unmittelbaren, um den es sich hier allein handelt — kann eintreten sowohl mit dem Willen des Besitzers (A 2) wie auch ohne seinen Willen (A 3). In beiden Fällen ist aber das, was den Besitzverlust schließlich bewirkt, immer nur die entscheidende Tatsache, daß der Besitzer die tatsächliche Herrschaft über die Sache einbüßt. Der Wille, nicht mehr zu besitzen, kann allein für sich als entscheidend deswegen niemals in Betracht kommen, weil der Wille überhaupt nicht der Träger des Besitzes ist (§ 854 A 1, 3). Auch an Sachen, die in Vergessenheit geraten sind, bleibt daher der Besitz so lange bestehen, als das Gewaltverhältnis fortwährt (A 3). Auch der Untergang des Rechts zum Besitze kann nur die Rechtmäßigkeit des letzteren beeinflussen, aber nicht dessen Verlust herbeiführen. (Über die Beendigung des mittelbaren Besitzes vgl. § 868 A 6). Zur **Aufgabe der tatsächlichen Gewalt über die Sache** gehört notwendig jedoch nicht nur ein bestimmtes darauf gerichtetes erkennbares Handeln oder Nichthandeln des Besitzers, es muß vielmehr das Handeln auch mit dem Willen verbunden sein, die Sache fortan nicht mehr tatsächlich zu beherrschen. Ohne einen solchen Willen läßt sich die Besitzaufgabe überhaupt nicht denken. Die Besitzaufgabe ist indessen gleichwohl kein Rechtsgeschäft (hinsichtlich der Aufgabe des Eigenbesitzes vgl. § 872 A 1, 3), weil eben der Wille beim Besitze überhaupt keine rechtliche, sondern nur eine tatsächliche Rolle spielt (§ 854 A 3). Auch der im Rechtssinne Willensunfähige ist daher zur Besitzaufgabe befähigt, falls er nur imstande ist, den natürlichen Willen zu fassen, sich der Gewalt zu begeben. — Die Handlung des Besitzers, durch die er sich der Gewalt entäußert, kann sowohl in einem Tun wie in einer Unterlassung bestehen. Als eine solche kommt es insbesondere in Betracht, wenn der Besitzer unterläßt, eine ihm abhanden gekommene Sache sich wieder zu verschaffen. Die Aufgabe der tatsächlichen Gewalt kann ferner eine bloße Preisgabe darstellen oder zugleich mit der Übertragung des Besitzes auf einen andern verbunden sein (Übergabe). Die Besitzergreifung durch einen andern mit dem Einverständnisse des bisherigen Besitzers steht der Übergabe gleich (RG JW 08, 681[13]). Wenn die Einräumung des Besitzes an den andern nur mit der Folge geschieht, daß „auch" der andere unmittelbarer Besitzer wird, verliert der bisherige Besitzer den Besitz nicht; es entsteht vielmehr Mitbesitz (§ 866, RG 66, 259).

2. **Verlust des Besitzes auf andere Weise** als durch Aufgabe kann durch jedes Ereignis herbeigeführt werden, das die bisherige tatsächliche Gewalt des Besitzers unabhängig von seinem Willen beseitigt; so durch die Besitzergreifung durch einen andern (§ 935), oder durch zufällige Vorgänge, die das Gewaltverhältnis nicht nur vorübergehend (§ 856 Abs 2) lösen.

Die Unkenntnis des Besitzers von dem Verbleib der Sache beendigt seinen Besitz solange nicht, als sich die Sache noch innerhalb der seiner Gewalt unterworfenen Räume oder auch nur seines Grundstücks (RGSt 3, 204; 10, 85; 39, 28) befindet. Der bei der zwangsweisen Pfändung entstandene Besitz des Gerichtsvollziehers geht durch Beseitigung der Pfändungszeichen verloren (§ 808 ZPO; RG 57, 323).

3. Ob eine unschädliche **nur vorübergehende Behinderung** vorliegt, ist von Fall zu Fall auf Grund der Verkehrsanschauung zu entscheiden. Beispiele: nur vorübergehende Abwesenheit des Besitzers (RG 51, 23), Krankheit, nur vorübergehende Benutzung der Sache durch den Besitzdiener in eigenem Interesse (RG 52, 118). Endlich gehört hierher auch das „Verlieren", wenn der Ort der Zurücklassung der Sache bekannt ist und unter gewöhnlichen Umständen noch die Möglichkeit besteht, die Sache wieder zu erlangen (RGSt 38, 444, betreffend Liegenlassen einer Sache aus Vergeßlichkeit im Eisenbahnwagen). Vgl. auch RGSt 39, 28; 48, 385. Über den Besitzverlust im Falle der Besitzausübung durch einen Besitzdiener vgl. § 855 A 2 u. 6. Ein gestrandetes Schiff wird nicht schon dadurch besitzfrei („verlassen" im Sinne des BinnenSchG), daß die Besatzung sich vorübergehend von ihm entfernt; es muß der Besitz vielmehr aufgegeben sein (RG 57, 23), vgl. auch RGSt 10, 85.

§ 857

Der Besitz geht auf den Erben über[1]).

E I 2052—2054, 885 Abs 1 II 779; M 3 101, 854; P 5 650.

1. Vererblichkeit des Besitzes. Der Grundsatz des § 1922, daß mit dem Erbfalle das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf den Erben übergeht, ist auch auf das gemäß § 854 an sich nur tatsächliche Besitzverhältnis erstreckt. Damit erhält dieses insoweit die Natur eines Vermögensbestandteils (Vorbem vor § 854; RG 83, 229). Nach ihrer allgemeinen und vorbehaltlosen Fassung muß die Bestimmung auch zu der Annahme führen, daß der Erbe genau in die Besitzstellung des Erblassers zur Zeit seines Todes eintritt (mithin als unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer), gegebenenfalls auch belastet mit der Haftung wegen etwaiger Fehlerhaftigkeit des Besitzes gemäß § 858 Abs 2. Eine Ausnahme von dem bezeichneten Grundsatze kann nur für den Fall angenommen werden, daß zwischen dem Erben und dem Erblasser zuvor das Verhältnis mittelbaren Besitzes bestanden hatte. War nämlich der Erbe mittelbarer und der Erblasser unmittelbarer Besitzer, dann wird der Erbe durch den Erbanfall zum unmittelbaren Besitzer, während sein bisheriges mittelbares Besitzverhältnis sich erledigt. War umgekehrt der Erbe unmittelbarer, der Erblasser dagegen mittelbarer Besitzer, dann erlischt das mittelbare Besitzverhältnis des Erblassers und der Erbe bleibt nunmehr ausschließlich unmittelbarer Besitzer. Der Besitzübergang vollzieht sich im übrigen ausnahmslos in allen Fällen, in denen der Erblasser bis zum Todesfalle Besitz gehabt hatte, gleichviel wie dieser Besitz geartet und aus welchem Anlasse er entstanden war. Der Erbe erwirbt auch mit dem Todesfalle den Besitz des Erblassers jedesmal ohne weiteres (mehrere Erben nach § 866 den Mitbesitz) kraft Erbgangs. Einer Inbesitznahme der betreffenden Nachlaßgegenstände bedarf es zum Besitzerwerbe nicht (RG JW 06, 450[1]). Der Erbe genießt deshalb ohne weiteres auch den Besitzschutz der §§ 861, 862; er kann sich auf die an den Besitz geknüpften Vermutungen berufen, haftet anderseits aber auch als Besitzer. Vgl. Vorbem vor § 854. Ob man den Besitz der Erben nach § 857 als einen wirklichen oder nur als einen gedachten Besitz ansehen und demnach die Besitzvorschriften unmittelbar oder nur entsprechend anwenden will, ist für die Rechtsanwendung bedeutungslos. — Verschieden von dem Besitze gemäß §§ 857, 854 ist der „Erbschaftsbesitz" im Sinne des § 2018. Der letztere setzt voraus, daß der Erbschaftsbesitzer erst nach eingetretenem Todesfalle etwas aus dem Nachlasse erlangt hat; es kann diese Voraussetzung aber auch dadurch erfüllt werden, daß beispielsweise ein Miterbe, der bereits vor dem Todesfalle an dem Erblasser gehörenden Sachen unmittelbaren Besitz gehabt hatte, sich nach dem Tode Eigenbesitz daran anmaßt (RG 81, 294; vgl. § 872 A 1). Ein Besitzerwerb des Nacherben gemäß § 857 wird regelmäßig durch den Besitz des Vorerben ausgeschlossen. — Daß auch der kraft Erbrechts erworbene Besitz dem Erben verlorengeht, sobald ein Dritter die Sache nach eingetretenem Erbfalle in seine Gewalt bringt, ergibt sich aus den allgemeinen Regeln (§ 856).

Der § 857 greift auch dann Platz, wenn der Besitz des Erblassers aus einer Stellung herrührte, die ihrerseits nicht übertragbar war, vielmehr mit dem Tode des Erblassers notwendig ihr Ende erreichen mußte, insbesondere also aus der Stellung des Erblassers als Beauftragter (§ 673) oder als Verwalter (Konkurs-Zwangsverwalter, Testamentsvollstrecker). Diese Ausdehnung (Prot 5, 652) hat auch einen guten Sinn, wenn man erwägt, daß sich der Erbe des Beauftragten (Verwalters) unter Umständen mit dem Geschäftsherrn so auseinandersetzen muß, wie es dem Erblasser obgelegen hätte, und daß er gemäß § 673 möglicherweise sogar die Besorgung des Geschäfts fortzusetzen verpflichtet ist. — Da der Besitzüber-

gang im Falle des § 857 im Erbrechte seinen Grund hat, so kann er nicht gegeben sein, wenn der Anfall demnächst infolge einer Anfechtung als nicht erfolgt gilt (§§ 2078 ff., 2281 ff., 2339 ff.) oder wenn der Erbe die Erbschaft nach § 1953 mit rückwirkender Kraft ausgeschlagen hat.

Über den Einfluß der erbrechtlichen Besitznachfolge in Ansehung der Ersitzung vgl. die §§ 937, 943. Falls beim Erblasser die Voraussetzungen der Ersitzung nicht erfüllt waren, insbesondere mangels guten Glaubens oder mangels Eigenbesitzes, kann der Erbe in seiner Person nur eine neue Ersitzung beginnen. Es ist überhaupt nicht ausgeschlossen, daß der Erbe nach Übergang des Besitzes gemäß § 857 durch Inbesitznahme der Sache außerdem noch in Gemäßheit des 872 den Eigenbesitz erlangt. — Strafrechtlich hat die Bestimmung des § 757 keine Bedeutung, da § 242 StGB voraussetzt, daß die Sache sich in der tatsächlichen Gewalt eines andern befunden hat (§ 854 A 1 a. E.; RG JW 01, 611[29] und RGSt 34, 252; 47, 212).

§ 858

[1]) Wer dem Besitzer[2]) ohne dessen Willen[3]) den Besitz entzieht[4]) oder ihn im Besitze stört[5]), handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet[7]), widerrechtlich (verbotene Eigenmacht)[6]).

Der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz ist fehlerhaft[8]). Die Fehlerhaftigkeit muß der Nachfolger im Besitze gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt[9]).

E I 814 II 780; M 3 110, 129; P 3 36.

1. **Fehlerhafter Besitz.** Dem Gesetze ist der Begriff des „rechtmäßigen" oder „ungerechtfertigten" Besitzes fremd. Der Besitzschutz bezweckt nicht die Verwirklichung eines subjektiven Rechts, sondern nur die Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der tatsächlichen Herrschaft, und auch beim Streite um diese soll nach dem Gesetze lediglich derjenige Teil unterliegen, der durch „verbotene Eigenmacht" in den Besitzstand des andern eingegriffen hat, oder dessen Besitz ein „fehlerhafter" ist. Von den zuletzt bezeichneten beiden Begriffen handelt der § 858, während die §§ 859 ff. die Schutzmittel des Besitzers regeln. Wer einen fehlerhaft erlangten Besitz verloren hat, kann behufs seiner Wiedererlangung nicht einmal von dem Rechtsbehelfe der grundlosen Bereicherung aus § 812 Gebrauch machen; auch kann derjenige, der einem andern den Besitz widerrechtlich entzogen hat, dessen Herausgabeanspruche gegenüber nicht den Einwand erheben, daß er ein Recht zum Besitze gehabt habe (RG 72, 196). Vgl. § 863 A 2.

2. Als **Besitzer,** dem gegenüber gemäß § 858 verbotene Eigenmacht möglich ist, kommt nur der unmittelbare Besitzer in Betracht. Inwiefern der mittelbare Besitzer durch verbotene Eigenmacht beeinträchtigt werden und welchen Anspruch er alsdann erheben kann, bestimmt erst der § 869.

3. Schon Handeln **ohne den Willen des Besitzers** genügt als Voraussetzung für die Widerrechtlichkeit, während ein Handeln gegen den Willen nicht erforderlich ist. Liegt beides nicht vor, dann ist der Besitzerwerb kein eigenmächtiger. Auch auf Verschulden kommt es hier nicht an; ein solches spielt erst bei dem Anspruch auf Schadensersatz eine Rolle (RG 55, 57), und im Falle Verschuldens findet § 823 Abs 2 Anwendung (RG 59, 326). Selbst ein Handeln aus Irrtum über die Berechtigung der Besitzentziehung (infolge irrtümlicher Annahme, daß die Voraussetzung des § 861 Abs 2 gegeben sei) nimmt der Entziehung nicht die Eigenschaft der Widerrechtlichkeit (RG 67, 389). Vgl. A 6. — Für die Voraussetzung „ohne den Willen des Besitzers" reicht das Fehlen ausdrücklicher oder stillschweigenden Zustimmung aus; die letztere muß übrigens rechtsgeschäftlich wirksam sein (RG JW 04, 361[18]). Auch schon aus dem bloßen Nichtwissen läßt sich der Mangel einer Zustimmung entnehmen (RG a. a. O.). Anderseits aber kann auch ein stillschweigendes Einverständnis schon aus dem ganzen Verhalten des bisherigen Besitzers (etwa seiner Gleichgültigkeit betreffs des Verbleibs der Sache) gefolgert werden (RG 72, 198); wobei jedoch die Unterlassung eines gewaltsamen Widerstands (§ 859 Abs 1) oder der Anrufung der Polizei noch nicht als Zustimmung erachtet werden kann, wenn nur Widerspruch erhoben worden ist (RG Warn 1919 Nr 335). War die Zustimmung nur bedingt erteilt, so muß auch die Bedingung bereits eingetreten, beispielsweise die Bezahlung des Kaufpreises bereits erfolgt sein (RG 67, 388). Eine ehemals erteilte Zustimmung reicht nur dann aus, wenn sie fortgewährt hat, was Tatfrage ist. Die Zustimmung des mittelbaren Besitzers kann dem unmittelbaren Besitzer nichts vergeben und kann eine diesem widerfahrene Eigenmacht nicht zu einer statthaften machen (RG 19. 4. 05 V 400/04, betreffend die Inbesitznahme von Pachtland durch den Enteignungsberechtigten mit alleiniger Zustimmung des Eigentümers, vor Zustellung des Enteignungsbeschlusses an den Enteigner). — Zu beweisen hat die Eigenmacht derjenige, der Rechte aus ihr herleitet (RG 30, 110).

4. **Besitzentziehung** (§ 861) ist die dauernde Beseitigung der Gewalt des Besitzers (RG 67, 389; angenommen in einem Falle, wo der bisherige Besitzer einer Sache an ihrer Fortnahme durch Schließung eines Torwegs gehindert wurde). Auch juristische Personen des öffentlichen Rechtes (z. B. Stadtgemeinden) können sich (auch bei Anwendung polizeilicher Maßregeln, z. B. bei Beseitigung eines Vorgartens) durch ihren Willensvertreter der Eigenmacht schuldig machen (RG 55, 56, betreffend den Militärfiskus). Auch der mittelbare Besitzer kann selbstverständlich gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht ausüben (RG 69, 197), aber nicht umgekehrt (A 2 und § 869 A 2). Hinsichtlich des Besitzdieners vgl. § 855 A 2.

5. **Besitzstörung** ist die Beeinträchtigung des Besitzers im ruhigen Genusse des Besitzes derart, daß der ruhige, befriedete Zustand in einen solchen der Rechtsunsicherheit verkehrt wird (RG 55, 57). Sie kann zunächst durch physische Einwirkungen auf die Sache bewirkt werden, so durch übermäßige Zuführung von Gasen usw. im Sinne des § 906 (RG 59, 328); durch bauliche Veranstaltungen oder durch Veranstaltungen, welche die Sicherheit gefährden (RG 55, 55 mittels auf das Grundstück überfliegender Geschosse). Aber auch Einwirkungen seelischer Art reichen zur Erfüllung des Tatbestandes der Besitzstörung aus: so die Einwirkung mittels wörtlicher Bestreitung des Besitzes, durch Verbote oder Drohungen; nur muß eine wirkliche Beunruhigung des Besitzes herbeigeführt und der ruhige Besitz auf diese Art wirklich gestört worden sein (RG JW 08, 274[9]). Über die Störung des Besitzes der Jagd durch den Förster des anliegenden Jagdgebiets vgl. RG JW 08, 653[2]. Daß die Störung gegen ein Verbot erfolgt, ist kein Erfordernis.

6. Über den Begriff **„widerrechtlich"** vgl. § 227 A 1. **Verbotene Eigenmacht** ist jede Handlung, durch die der Besitzer in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beeinträchtigt wird (§§ 861, 862), falls die Handlung nicht ausnahmsweise (A 7) gestattet war (RG 55, 55). In welcher Absicht der Täter gehandelt hat, ist unerheblich. Einflußlos ist mithin auch seine Schlecht- oder Gutgläubigkeit in Hinsicht auf ein Einverständnis des Besitzers (RG 67, 389, wo die Ablieferung der Kaufsache nur gegen Zahlung des Kaufgeldes versprochen war; vgl. auch Gruch 50, 676). Unwesentlich ist desgleichen das Kennen oder Kennenmüssen des Besitzes des andern und endlich die Frage des Verschuldens. Auf dieses kommt es nur an, wenn es sich um die Verpflichtung zum Schadensersatze handelt (RG 55, 55; JW 06, 737[5]; Gruch 51, 985). Das Nähere hierüber bei § 861 A 17.

7. Die **gesetzlich ausnahmsweise gewährte Befugnis**, in einen fremden Rechtskreis und insbesondere in den Besitzstand eines andern einzugreifen, kann öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Art sein. In der ersteren Hinsicht kommen in Betracht die Befugnis des Verletzten aus § 127 StPO, Überführungsstücke an sich zu nehmen (RG 64, 385), ferner die Befugnisse der Vollstreckungsbeamten nach der ZPO und nach § 150 ZVG. Auch gegen den Vollstreckungsgläubiger ist die Besitzentziehungsklage nicht gegeben (RG JW 02 Beil 192). Ob der Beamte (z. B. ein Förster bei Ausübung des Schutzes der Jagd) innerhalb seiner amtlichen Befugnis gehandelt hat, kann der ordentliche Richter selbst prüfen (RG JW 08, 653[2]). Privatrechtlich gehört hierher insbesondere das Selbsthilferecht (§§ 227—229; 861, 904). Vgl. ferner die §§ 859 Abs 2—4, 860, 561, 904, 910, 962, 1373, 1443, 1519, 1549, 2205, weiter EG Art 89 betr. das Privatpfändungsrecht. Der Fall des § 867, wo dem Sachbesitzer nur ein Anspruch gewährt ist, gehört nicht hierher. — Nicht hierher gehören ferner die Bestimmungen, zufolge deren nur eine Verpflichtung des Besitzers besteht, eine Einwirkung zu gestatten (§ 258 Satz 2 und § 867), anderseits auch nicht der Fall, daß jemand nur kraft eines subjektiven Rechts, dinglicher oder persönlicher Art, zur Vornahme der betreffenden Besitzhandlung befugt ist. Insoweit kann lediglich der § 863 Platz greifen.

8. Vgl. A 1. Die **Fehlerhaftigkeit** des durch verbotene Eigenmacht erlangten Besitzes kommt zunächst nur unmittelbar **zugunsten** desjenigen in Betracht, gegen den die verbotene Eigenmacht verübt worden ist; sodann aber auch zugunsten seines Rechtsnachfolgers (§ 861 A 7). Andere können sie nicht geltend machen.

9. Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes **wirkt** nicht nur **gegen** denjenigen, der sich selbst der verbotenen Eigenmacht schuldig gemacht hat, sondern, unter den hier vorgesehenen Voraussetzungen, **auch gegen seinen Besitznachfolger** (§ 861 A 7 a. E.). Beruht die Besitznachfolge auf Erbgang, § 857 (nicht also etwa auf einer Besitzübertragung durch den Erblasser), dann muß der Nachfolger die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Erblassers schlechthin in gleicher Weise gegen sich gelten lassen, wie es der letztere selbst hätte tun müssen. Ist die Besitznachfolge nur eine tatsächliche, dann greift der in Frage stehende Grundsatz lediglich unter der Bedingung Platz, daß der Nachfolger die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers beim Erwerbe seines Besitzes gekannt hat. In diesem Zeitpunkte müssen ihm mithin die gesamten Vorgänge bekannt gewesen sein, auf denen die Fehlerhaftigkeit des vormaligen Besitzerwerbs des Vorgängers beruht hatte (§ 858 Abs 1). Gefordert ist dabei wirkliche Kenntnis, so daß fahrlässige Unkenntnis (§ 122 Abs 2) nicht genügt. Da ferner Kenntnis „bei" der Erlangung des Besitzes vorausgesetzt wird, so schadet nachträgliche Kenntnisnahme nicht. Immer muß endlich die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des unmittelbaren

Vorgängers in Frage stehen. Kann mithin der Kläger nicht behaupten, daß sich der unmittelbare Vorgänger des Beklagten der verbotenen Eigenmacht schuldig gemacht hat, kann vielmehr eine solche Handlungsweise erst einem früheren Besitzer zur Last gelegt werden, dann kann die Fehlerhaftigkeit seines Besitzerwerbs nur in dem Falle in Betracht kommen, daß sie auch in der Person des späteren unmittelbaren Besitzers noch fortgewirkt hat, als dieser nämlich bei seinem Besitzerwerbe die Fehlerhaftigkeit des Besitzerwerbs seines Vorgängers erkannt hatte; dementsprechend muß also der Kläger gegebenenfalls nachweisen, daß dem beklagten gegenwärtigen Besitzer bei dem Erwerbe auch alle die Umstände bekannt gewesen sind, die den Besitz seiner mehreren Vorgänger zu einem fehlerhaften gemacht hatten.

§ 859

Der Besitzer[1]) darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren[2]).

Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wieder abnehmen[3]).

Wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters wieder bemächtigen[4]).

Die gleichen Rechte stehen dem Besitzer gegen denjenigen zu, welcher nach § 858 Abs 2 die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muß.

E I 815 Abs 1—3 II 781; M 3 112; P 3 38.

1. **Besitzschutz im Wege der Selbsthilfe.** In Frage kommt als Selbsthilfeberechtigter nur der unmittelbare Besitzer oder gemäß § 860 sein Besitzdiener. Dem mittelbaren Besitzer ist die entsprechende Befugnis nicht gewährt (§ 869); er vermag sich höchstens auf § 229 zu stützen. Im Falle der gesetzlichen Stellvertretung kann freilich der gesetzliche Stellvertreter vom Rechte aus § 859 vermöge seiner sonstigen gesetzlichen Befugnisse zum Schutze des Vertretenen auch dann Gebrauch machen, wenn der Genannte den unmittelbaren Besitz hat (RG 64, 386, betreffs des väterlichen Gewalthabers).

2. Das Recht auf Selbsthilfe enthält die **Befugnis, sich verbotener Eigenmacht** (§ 858) **mit Gewalt zu erwehren.** Das Recht ist an sich ein unbedingtes und ist insbesondere nicht an die Voraussetzungen der Notwehr (§ 227) oder des Selbsthilferechts im Sinne des § 229 gebunden. In welcher Weise sich die Abwehr vollziehen darf, richtet sich nach der Art des Angriffs. Unter Umständen ist daher auch die Zuhilfenahme Dritter statthaft. Die Selbsthilfe darf indessen niemals weiter gehen als nötig ist, um den gegenwärtigen, sich als Eigenmacht darstellenden Angriff abzuwehren (RG JW 03 Beil 134; RGSt 34, 250). Sonst wird die Handlungsweise selbst zu einer widerrechtlichen. Zulässig ist es gemäß § 127 StPO, dem Festgenommenen Überführungsstücke wegzunehmen, um sie der Polizeibehörde zu übergeben, oder um sie zu diesem Zwecke ohne Festnahme der Person zu beschlagnahmen (RG 64, 385 ff.). Der Widerstand des Besitzstörers gegenüber der erlaubten Selbsthilfe ist eine widerrechtliche Handlung.

3. Ausnahmsweise enthält das Selbsthilferecht auch die **Befugnis zur Wiederherstellung des früheren Besitzstandes.** Einmal nämlich, wenn dem Besitzer eine **bewegliche Sache** durch verbotene Eigenmacht weggenommen worden ist. Alsdann kann sie der bisherige Besitzer dem Täter eigenmächtig *wieder abnehmen*. Er muß es jedoch in unmittelbarem Anschlusse an die Wegnahme tun, sei es, daß er den Täter *auf frischer Tat*, d. h. bei oder doch alsbald nach der Tat betroffen hat, sei es, daß er ihn im Wege der *Nacheile* erreicht. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, dann ist der bisherige Besitzer nur auf den Rechtsbehelf des § 861 gewiesen, und es würde die trotzdem bewirkte eigenmächtige Wiederabnahme sich selbst als verbotene Eigenmacht darstellen, falls nicht unter den besonderen Umständen ein Fall erlaubter Selbsthilfe gemäß § 229 vorläge.

4. Das Recht auf Wiederherstellung (A 3) ist auch für den Fall gegeben, daß Gegenstand des Besitzes ein **Grundstück** war. Es regelt sich dieser Fall nach den unter A 3 erörterten Grundsätzen. Das Recht, sich des Grundstücks *wieder zu bemächtigen*, besteht insbesondere auch hier nur dann, wenn sich die Maßregel in unmittelbarem Anschlusse an die Besitzentsetzung ausführen läßt.

§ 860

Zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte ist auch derjenige befugt, welcher die tatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübt[1].)

E I 815 Abs 4 II 782; M 3 114; P 3 38, 40; 6 219.

1. **Selbsthilferecht des Besitzdieners.** Die Rechte aus den §§ 861, 862 stehen dem Besitzdiener (§ 855) überhaupt nicht zu, und von den Befugnissen aus § 859 darf er nur zum Schutze des Besitzes des Besitzherrn Gebrauch machen (§ 855 A 2). Andere Personen als der Besitzdiener sind zur Ausübung des Selbsthilferechts im Sinne des § 859 für den unmittelbaren Besitzer nicht befugt.

§ 861

Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt[1].

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der entzogene Besitz dem gegenwärtigen Besitzer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft war und in dem letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden ist[2])[3])[4]).

E I 819, 824 II 783; M 3 123, 131; P 3 43; 6 220.

1. **Besitzklage** wegen **Besitzentziehung.** Als **Besitzer** kommt hier in der Regel nur der unmittelbare Besitzer in Betracht. Der mittelbare Besitzer hat den Anspruch auf Wiedereinräumung nur dann, wenn der unmittelbare Besitzer seinen Besitz gegen seinen eigenen Willen verloren hat (**RG** 68, 386). Vgl. § 869 A 3. Gleichgültig ist gegebenenfalls, ob der unmittelbare Besitzer die Sache als eigene oder als fremde, ebenso, ob er sie für sich selbst oder, wie der gesetzliche Vertreter, für einen andern besaß (§ 854 A 5). Unerheblich ist auch, ob der Besitzer ein Recht zum Besitze hatte oder nicht. Berechtigt zur Klage ist auch derjenige, der fehlerhaft besitzt, z. B. der Dieb (§ 854 A 3; § 858 A 1), allerdings mit der aus Abs 2 sich ergebenden Einschränkung. Auch der Besitzer kraft Erbgangs (§ 857) hat die Klage. — Hinsichtlich des Teilbesitzes vgl. § 865, hinsichtlich der Mitbesitzer § 866, hinsichtlich des mittelbaren Besitzes § 869. Der eigentliche Klagegrund ist die gegen den Kläger geübte verbotene Eigenmacht, während das etwaige Recht oder das bessere Recht zum Besitze hier keine Rolle spielt. Vgl. anderseits § 1007. Eine aus anderem Grunde als aus Eigenmacht hervorgegangene Fehlerhaftigkeit (insbesondere nur bittweise überlassener Besitz) genügt als Klagegrund nicht (**RG** 26. 1. 07 V 228/06).

Der **Anspruch** geht **auf Wiedereinräumung des Besitzes,** also des vormaligen tatsächlichen Zustandes (des früheren Gewaltverhältnisses). Er ist mithin nicht nur auf eine Duldung oder Gestattung, sondern auf ein Tun gerichtet. — Durch Verleihung der Besitzklage ist dem Besitzer, wiewohl der Besitz an sich nur ein tatsächliches Verhältnis darstellt, ein wirklicher Rechtsanspruch gewährt, und zwar auf den Besitzschutz. „Danach läßt sich die Ansicht rechtfertigen, daß das dem Besitzer (Mieter) eingeräumte Recht auf ungestörte Benutzung der Sache (Mietsache) zu den von jedermann zu achtenden absoluten Rechten gehört“ (**RG** 59, 328).

Die Zuständigkeit als **Beklagter** (Passivlegitimation) wird durch seinen gegenwärtigen fehlerhaften Besitz begründet. Da dem Anspruche auf Wiederherstellung des Besitzes überhaupt nur derjenige Genüge leisten kann, welcher zur Zeit selbst die tatsächliche Gewalt über die Sache hat, so folgt, daß die Besitzklage auch gegen den Täter, der die Besitzentsetzung verübt hat, nur dann gerichtet werden kann, wenn er zur Zeit der Klagerhebung noch Besitzer der Sache ist. Andernfalls greift gegen ihn nur die Schadensersatzklage Platz. Desgleichen steht ein erst nach der Klagerhebung auf seiten des Täters eintretender Besitzverlust (abgesehen vom Kostenpunkte) der weiteren Klagverfolgung entgegen (M 3, 2). Streitig; vgl. Planck A 22c. Nur dann bliebe die weitere Verfolgung zulässig, wenn der Beklagte den Besitz zugunsten eines andern unter solchen Umständen aufgegeben hätte, daß zwischen ihm und dem andern das Verhältnis des mittelbaren Besitzes hergestellt worden wäre. Denn alsdann greift § 325 ZPO in Verbindung mit § 265 a. a. O. Platz, da auch bei einer Besitzklage „die Sache in Streit befangen war“. Da ferner eine Klage nicht gegen jedweden gegenwärtigen Besitzer der entzogenen Sache gerichtet werden kann, sondern nur gegen denjenigen, dessen Besitz sich dem Kläger gegenüber als ein fehlerhafter im Sinne des § 858 erweist, so folgt, daß auch der Täter selbst nur unter den Voraussetzungen des § 858 Abs 1 und sein Nachfolger nur unter den Voraussetzungen des § 858 Abs 2 aus § 861 beklagbar ist. Gleichgültig ist aber, ob der Beklagte bei Inbesitznahme der Sache für sich oder für einen andern, ferner, ob er aus eigenem Antriebe oder im Auftrag eines andern gehandelt hatte. — Verklagt werden kann endlich auch der mittelbare Besitzer, jedoch nur dann, wenn auch bei ihm nach Abs 1 die Voraussetzungen des fehlerhaften Besitzes vorliegen. So insbesondere, wenn er den unmittebaren Besitz fehlerhaft erworben und demnächst diesen Besitz auf Grund eines Verhältnisses der in § 868 geordneten Art auf einen andern übertragen hatte. Zur Wiederherstellung des

früheren unmittelbaren Besitzes des Klägers ist der mittelbare Besitzer freilich nicht imstande, weil er selbst der tatsächlichen unmittelbaren Herrschaft entbehrt. Aber er kann wenigstens seinen mittelbaren Besitz auf den Kläger gemäß § 870 übertragen (nötigenfalls nach § 894 ZPO erreichbar), und im Rechte zum mehreren liegt auch das Recht zum minderen. (Über das prozessuale Recht des unmittelbaren Besitzers, den mittelbaren Besitzer zu benennen, vgl. § 76 ZPO). Der richtige Beklagte kann anderseits niemals ein bloßer Besitzdiener sein, da seine Tätigkeit nur dem Besitzherrn zugerechnet werden darf, und deshalb nur diesem der Besitz verschafft ist.

2. Die Fassung: der **Anspruch ist ausgeschlossen,** drückt aus, daß der in Abs 1 gedachte Anspruch des früheren Besitzers im gegebenen Falle überhaupt nicht besteht und daß sonach die etwaige Klage ohne weiteres der Abweisung unterliegt. Auch im Versäumnisverfahren ist sie daher abzuweisen, wenn sich der Ausschließungsgrund schon aus ihrem Vortrage ergibt. Dementsprechend kann aber auch einem Vorbringen des Beklagten, das die Voraussetzungen des Abs 2 geltend macht, nicht die Bedeutung eines Einwandes im eigentlichen Sinne beigelegt werden; sein Ziel ist rechtlich vielmehr nur das, den Richter mit dem Vorhandensein des Ausschließungsgrundes bekanntzumachen.

Der **Ausschließungsgrund** ist gegeben, wenn die folgenden Tatumstände sämtlich zusammentreffen: a) der dem Kläger entzogene Besitz war selbst fehlerhaft entstanden, und zwar dem gegenwärtigen Besitzer (dem Beklagten) selbst oder seinem Rechtsvorgänger gegenüber, b) der Kläger hatte seinen fehlerhaften Besitz erst im letzten Jahre vor derjenigen Entziehung erlangt, gegen die er jetzt geschützt sein will. Die Sache muß in dieser Hinsicht mithin so liegen, daß der seines Besitzes entsetzte Kläger vor nicht länger als Jahresfrist, von seiner Entsetzung ab zurückgerechnet, dem Beklagten oder dessen Rechtsvorgänger den Besitz ohne deren Willen seinerseits entzogen hatte (§ 858 Abs 1). Die Frist ist eine Ausschlußfrist (§ 186 A 1). Ihr Lauf beginnt unbedingt mit dem Zeitpunkte der Entsetzung des Klägers, und sie berechnet sich nach § 187. — Rechtsvorgänger des Beklagten ist im Sinne dieser Bestimmung nicht nur sein Erblasser (§ 857); vielmehr genügt, daß der Nachfolger in die Besitzstellung seines Vorgängers, wenn auch nicht auf Grund, so doch infolge einer sonstigen Rechtsnachfolge eingetreten ist (RG 40, 339; 53, 10; 56, 244). Beispielsweise ein Mieter hat infolge der Übertragung seines Vertragsrechts auf einen Dritten diesem auch seinen bisherigen Besitz eingeräumt (§ 221 A 1). Es kann daher nicht gebilligt werden, wenn einerseits angenommen wird, daß bloß die erbrechtliche Nachfolge in Betracht komme, oder wenn anderseits als genügend erachtet wird, daß der vormals vom jetzigen Kläger des Besitzes Entsetzte lediglich seinen dieserhalb gegen den Kläger entstandenen Wiedereinräumungsanspruch an den jetzt Beklagten rechtsgeschäftlich überträgt. — Gemäß § 858 Abs 2 muß der gegenwärtige Besitzer (der Beklagte) unter Umständen auch die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Besitz- (nicht Rechts-) Vorgängers gegen sich gelten lassen (§ 858 A 9). In den Grenzen dieser Bestimmung greift der Ausschließungsgrund des Abs 2 dem Anspruche des Klägers gegenüber auch dann Platz, wenn der Vorgänger des Klägers sich der Eigenmacht gegen den Beklagten schuldig gemacht hatte.

3. **Prozessual** folgt die Besitzklage den gewöhnlichen Regeln. Gemäß § 260 ZPO ist eine Verbindung mit der Rechtsklage (petitorischen) zulässig. Statthaft ist auch die Erhebung einer Widerklage, dies insbesondere im Rahmen des § 861 Abs 2, wenn der Beklagte feststellen lassen will, daß der Besitz des Klägers ihm gegenüber ein fehlerhafter im Sinne des Abs 2 gewesen war. Eine Widerklage dagegen auf Wiedereinräumung des durch den Kläger dem Beklagten entzogenen Besitzes (Staudinger A III 3 e) müßte an dem Umstande scheitern, daß der Kläger gegenwärtig des Besitzes selbst entbehrt (§ 861 A 3). Der Übergang aus der einen Besitzklage in die andere (§§ 861, 862) ist keine unzulässige Klageänderung. **Beweislast.** Der Kläger hat seinen früheren Besitz und die Entziehung durch verbotene Eigenmacht zu beweisen. Daß der ehemalige Besitz des Klägers bereits vor der dem Beklagten zur Last gelegten Entsetzung beendigt war, hat der Beklagte zu beweisen. Ihm liegt auch der Beweis im Falle des Abs 2 ob.

4. **Anspruch auf Schadensersatz.** Es kann die Frage erhoben werden, ob der Besitzer im Falle der Besitzentziehung oder im Falle der Besitzstörung ausschließlich nur auf die Ansprüche aus den §§ 861, 862 angewiesen ist, oder ob er, falls der Gegner widerrechtlich und schuldhaft gehandelt hat, auch die Klage auf Schadensersatz aus § 823 erheben kann. In RG 59, 326 ist die Frage bejaht. Das wäre, wie geltend gemacht ist, unzutreffend, wenn man dem Besitze die Eigenschaft als Vermögensrecht überhaupt absprechen müßte. Allein entweder stellt der Besitz ein Vermögensgut wirklich dar (Vorbem vor § 854), oder er ist wenigstens als ein solches zu behandeln, weil der Besitzstand auch ohne Rücksicht auf das ihm etwa zugrunde liegende Rechtsverhältnis den Genuß von Vorteilen einstweilen ermöglicht, und weil ferner der Besitzer einen gesetzlich anerkannten Anspruch auf Schutz in der ungestörten Benutzung der Sache hat (A 3 oben, ferner § 857 A 1). Aber auch die dem Reichsgericht weiter entgegengesetzte Annahme ist nicht zu billigen, daß das Gesetz in den

§§ 861, 862 die Befugnisse des Besitzers erschöpfend hätte regeln wollen, wie das hinsichtlich der Ansprüche des Eigentümers wegen Verletzung des Eigentums nach den §§ 992ff. allerdings zutrifft. Zu erwägen ist namentlich, daß die Ansprüche aus den §§ 861, 862 nur innerhalb einjähriger Frist zulässig sind, während der Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 852 der dreijährigen Verjährung unterliegt. Um so weniger kann es zutreffen, daß ein Anspruch der bezeichneten Art durch die Rechtsbehelfe der §§ 861, 862 grundsätzlich hat ausgeschlossen werden sollen. Die Tatbestände der §§ 861, 862 einerseits und der Tatbestand des § 823 anderseits sind überdies verschiedenartige, und daher liegt auch nur ein Fall des Zusammentreffens einer Mehrheit von selbständigen und voneinander unabhängigen Ansprüchen vor, die sich nach den hierüber geltenden Regeln selbst dann nicht gegenseitig ausschließen, wenn sie auf das gleiche Begehren hinausgehen (vgl. § 262 A 1 a). So kann man z. B. Minderung des Kaufpreises sowohl mit der Schadensersatzklage wie mit der Vertragsklage fordern, und Wiederherstellung des früheren Zustandes gegebenenfalls nicht nur mit der Schadensersatzklage, sondern auch mit dem Eigentumsanspruche aus § 1004 begehren (RG 51, 411). Daß die Schadensersatzklage durch die Besitzklagen ausgeschlossen sei, läßt sich endlich dann keinesfalls annehmen, wenn der Ersatzanspruch auf eine Geldleistung geht, und solche Fälle sind sehr wohl möglich. Beispielsweise der Mieter ist durch übermäßige, schuldhaft und widerrechtlich verursachte schädliche Zuführungen in die Mieträume genötigt worden, sich mit Kostenaufwand andere Räume zu beschaffen. Oder es wird eine Entschädigung in Geld deswegen gefordert, weil der Besitzer seine Sache, deren Besitz ihm teilweise entzogen war, zu dem ihm verbliebenen Teile nicht in vollem Maße (etwa durch Verkauf) hat verwerten können (RG JW 06, 737[5]). Faßt man schließlich die §§ 861, 862 als Schutzgesetz auf, so ist die Beziehung zwischen ihnen und dem § 823 ohne weiteres von selbst gegeben. Es ist mithin an dem vom Reichsgerichte angenommenen Grundsatze festzuhalten.

§ 862

Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen[1]). Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen[2]).

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer dem Störer oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft besitzt und der Besitz in dem letzten Jahre vor der Störung erlangt worden ist[3]).

E I 820, 824 II 784; M 3 125, 131; P 3 44; 6 220.

1. **Die Klage wegen Besitzstörung** ist der Klage wegen Besitzentziehung nachgebildet. Vgl. die Erläuterungen zu § 861. Besitzstörung § 858 A 6. Teilbesitz § 865.

2. Die **Klage auf Unterlassung weiterer Störungen** ist (wie im Falle des § 1004) nur dann gegeben, wenn die Umstände einen tatsächlichen Anhalt dafür bieten, daß sich die den Besitz störenden Ereignisse wiederholen können; eine bloß denkbare Möglichkeit der Wiederholung reicht nicht aus (RG 63, 379; JW 1913, 543[8] zu § 1004). Auf welche Weise der zur Unterlassung Verurteilte seiner Verpflichtung genügen will, bleibt zu ermessen seine Sache. Ist dazu eine Tätigkeit erforderlich, bedarf es insbesondere zur Ermöglichung der Unterlassung (wie etwa bei Zuführungen im Sinne des § 906) der Vornahme gewisser Veranstaltungen, so muß der Verurteilte auch das leisten (RG 63, 379 u. 14. 9. 06 III 240/06). Durch Geld den Besitzer abzufinden, ist der Störer niemals berechtigt, da der Anspruch auf Unterlassung aus § 862 kein Anspruch auf Schadensersatz ist und § 251 Abs 2 mithin nicht Platz greift (RG 51, 411 zu § 1004). Fällt die Störung im Laufe des Prozesses fort, so hat sich die Klage in der Hauptsache erledigt, und es ist nur noch wegen der Kosten zu entscheiden (RG 60, 8).

3. **Ausschluß des Anspruchs** unter den gleichen Voraussetzungen wie in § 861 Abs 2 A 4 u. 5.

§ 863

Gegenüber den in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüchen kann ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Entziehung oder die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei[1]).

E I 822, 785 II 848; M 3 129; P 3 44.

1. **Einwendungen aus einem Rechte** sind gegenüber einer Besitzklage auf Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes (§ 861) oder auf Beseitigung der Besitzstörung (§ 862) dem Beklagten nur in beschränktem Umfange, nämlich nur insoweit gestattet, als sie zur Widerlegung des Klagegrundes der Eigenmacht dienen (§ 861 A 1). Er kann sich daher auch nicht schlecht-

hin auf die Behauptung stützen, daß er (wie der Eigentümer oder der Nießbraucher) ein materielles Recht auf den Besitz der Sache habe, oder daß er zur Vornahme der störenden Handlung kraft materiellen Rechts (etwa eines Dienstbarkeitsrechts) berechtigt sei. Es müßte vielmehr aus dem Einwande zugleich hervorgehen, daß die geltendgemachte Besitzentziehung oder Besitzstörung nicht „ohne den Willen" (§ 858) des Klägers erfolgt ist. Beispielsweise es hätte der Besitzer einem andern die Entnahme von Bodenbestandteilen gestattet. Im übrigen kann mit Erfolg nur entgegengesetzt werden, daß einer der Fälle vorliegt, in denen nach dem Gesetze selbst die Entziehung oder die Störung eine statthafte war (vgl. dazu § 858 A 7). Beachtlich wäre daher z. B. die Behauptung, daß der Besitzer die Vornahme der Handlung gestattet oder gewollt habe; unbeachtlich dagegen das Vorbringen: das Vertragsverhältnis, auf Grund dessen der Beklagte als Eigentümer der Sache dem Kläger daran den Besitz eingeräumt habe, sei zur Zeit der Entsetzung des Klägers bereits erloschen gewesen. Denn folgt aus dem Eigentum an sich auch das Recht auf den Besitz der Sache, so enthält das Recht doch nicht ohne weiteres die Befugnis zur Selbsthilfe (§ 858 A 1). Die letztere ist vielmehr nur unter den Voraussetzungen des § 229 gestattet. — Ist der geltend gemachte Einwand zulässig, so kann auf Grund dieser Verteidigung zugleich eine Widerklage erhoben werden (§ 33 ZPO). Eine Behauptung dagegen, die schon als Einwand unzulässig ist, vermag einer Widerklage auch nicht prozessual als Stütze zu dienen (RG 23, 693; Gruch 42, 1187). — Über die Wirkung eines nach Verübung der verbotenen Eigenmacht über die Rechtsfrage zugunsten des Beklagten in einem anderen Prozesse ergangenen Urteils vgl. § 864 Abs 2. Dadurch bereits erfährt die Regel des § 863 zugunsten des Beklagten eine gebührende Abschwächung, und es bleibt dem Beklagten daher unbenommen, zu versuchen, einer Entscheidung im Besitzstreite durch die Erhebung einer Klage im Sinne des § 864 Abs 2 zuvorzukommen.

§ 864

Ein nach den §§ 861, 862 begründeter Anspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht¹), wenn nicht vorher der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht wird²).

Das Erlöschen tritt auch dann ein, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann³).

E I 823, 824, 786; M 3 130; P 3 44.

1. Die Ansprüche aus den §§ 861, 862 sind von vornherein zeitlich beschränkt. Die **einjährige Klagefrist** ist somit eine Ausschlußfrist (§ 186 A 1; RG JW 03 Beil 105²³⁵; RG 68, 389). Ihr Lauf beginnt, ohne Rücksicht darauf, wann der Kläger (oder sein Besitzvorgänger) von der verbotenen Eigenmacht des Beklagten (oder seines Besitzvorgängers, § 858 Abs 2 Satz 2) Kenntnis erlangt hat, mit dem Zeitpunkte, wo die Besitzentsetzung oder Besitzstörung verübt worden ist. Dies gilt auch dann, wenn der den Besitz beeinträchtigende Zustand fortwährt. Bei wiederholter Beeinträchtigung ist der Anspruch einer späteren Besitzstörung gegenüber nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Frist in früheren Fällen versäumt war.

2. Die **Klagerhebung** ist die allein zugelassene Unterbrechungsart.

3. Weiterer Erlöschungsgrund ist die in einem anderen Rechtssteite erfolgte **urteilsmäßige, rechtskräftige Feststellung,** daß der Täter die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes kraft eines ihm an der Sache zustehenden Rechts zu verlangen berechtigt ist. Voraussetzung ist dabei, daß das über die Rechtsfrage ergangene Urteil erst nach Verübung der dem Beklagten zur Last gelegten Eigenmacht rechtskräftig geworden ist. Dagegen kommt es darauf nicht an, ob der anderweite Prozeß auch erst nach dem zuvor bezeichneten Zeitpunkte anhängig geworden ist. Nach dem Gesetze ist allein der Zeitpunkt der Rechtskraft entscheidend (RG JW 01, 830), während die Erhebung der Rechtsklage an und für sich noch keinen Einfluß auf den Besitzprozeß hat. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils genügt nicht. Ein Urteil, das vor Verübung der Eigenmacht ergangen ist, kann nur im Rahmen des § 863 verwertet werden. Streitig ist, ob der Ausdruck „Recht an der Sache" hier nur in der engeren Bedeutung von dinglichem Rechte verstanden werden kann, so daß der Abs 2 ausgeschlossen bliebe, wenn das Urteil über ein vertragsmäßiges Recht zur Vornahme der Handlung ergangen wäre. Die Entstehungsgeschichte und der Rechtsgedanke des Gesetzes sprechen für die Zulässigkeit der zweckentsprechenden weiteren Auslegung (M 3, 130; Prot 3, 44). Der Einwand führt gegebenenfalls zur Abweisung der Klage auf Kosten des Klägers. Der § 864 Abs 2 ist nicht anwendbar, wenn die verbotene Eigenmacht vor 1. 1. 00 verübt wurde (RG 50, 11).

§ 865

Die Vorschriften der §§ 858 bis 864 gelten auch zugunsten desjenigen, welcher nur einen Teil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder andere Räume, besitzt[1]).

E I 816 II 787, 850; M 3 114; P 3 41.

1. **Teilbesitz** ist soweit möglich, als eine gesonderte räumliche Herrschaft an dem einen Teile einer Sache neben der räumlichen Herrschaft anderer Personen über die andern Teile denkbar ist (M 3, 114). Dies trifft vornehmlich bei Teilen unbeweglicher Sachen zu. Die Voraussetzungen können aber auch bei beweglichen Sachen erfüllt sein (z. B. Besitz an einem Fache eines Schrankes). In Betracht kommen insbesondere die abgesonderten Räume eines Hauses und die Wände eines Bauwerks zur Anbringung von Firmenschildern (RG 63, 377), Anpreisungen usw. Bei Geschäftshäusern einer Großstadt (Berlin), in denen einzelne Stockwerke an verschiedene Geschäftsinhaber vermietet sind, umfaßt die Miete im Zweifel zugleich die Außenwand, soweit sie sich zu Reklamezwecken eignet, und zwar von der Unterkante der Fenster ab bis zur Unterkante der darüberliegenden Fenster des Stockwerks; der Besitz daran wird ergriffen, wenn nicht schon durch die Überlassung der Räume, dann durch die etwaige Anbringung von Reklamegegenständen; stört diesen Besitz der Mieter eines andern Stockwerks, dann ist dagegen die Selbsthilfe (§§ 858, 859), wie auch die Besitzklage zulässig (RG 80, 281). Der § 93 hindert auch nicht die Möglichkeit eines Teilbesitzes an wesentlichen Bestandteilen, so insbesondere an Bäumen auf dem Stamme. Der Besitz daran erfordert die Möglichkeit der Einwirkung auf den betreffenden Grund und Boden (RG JW 05, 280[1]), und eine bloß symbolische Übergabe ist nach dem geltenden Gesetze nicht mehr möglich (RG 77, 207). Ist verabredet, daß der Käufer vor Bezahlung des Kaufpreises lediglich die Befugnis haben sollte, das Holz zu fällen und zuzubereiten, dann ist eine Besitz- wie Eigentumsübertragung vor der Bezahlung ausgeschlossen (RG 72, 310). Sind die verschiedenen Räume eines Gebäudes je an verschiedene Personen vermietet, so sind die einzelnen Mieter Teilbesitzer der ihnen überlassenen Räume, außerdem nach § 866 Mitbesitzer an den ihrer gemeinschaftlichen Benutzung überlassenen Teilen; dagegen ist der Eigentümer, weil ihm die dem einzelnen Mieter nicht überlassenen Räume zugänglich bleiben, unmittelbarer Besitzer des ganzen Gebäudes (RG 64, 182). Gemäß § 865 genießt der Mieter den Besitzschutz auch dem Vermieter gegenüber. — Teilbesitz nach Bruchteilen ist ausgeschlossen (RG 13, 179).

§ 866

Besitzen mehrere eine Sache[2]) gemeinschaftlich[1]), so findet in ihrem Verhältnisse zueinander ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt[3]).

E I 817 II 788; M 3 115; P 3 41.

1. **Mitbesitz**, dessen Möglichkeit das Gesetz ohne weiteres voraussetzt, liegt vor, wenn eine Mehrheit von Personen die tatsächliche Gewalt (§ 854) in der Weise hat, „daß ein jeder von ihnen die ganze Sache besitzt, in seinem Besitze jedoch durch den gleichen Besitz der übrigen beschränkt ist“ (RG 13, 179). Dieser Zustand kann sich auf zweierlei Art äußern: entweder so, daß die Sache zwar jedem einzelnen Mitbesitzer unbehindert zugänglich, die Herrschaft des einzelnen jedoch wegen der gleichen Lage der Mitbesitzer keine ausschließliche ist; oder in der Weise, daß die Sache keinem einzelnen Mitbesitzer allein, vielmehr jedem nur in Gemeinschaft mit den Mitbesitzern zugänglich ist. Ein Fall der ersteren Art liegt beispielsweise vor bei mehreren Mietern in Ansehung der ihnen zur gemeinschaftlichen Benutzung überlassenen Räume (des Hausflurs, der Treppen; RG 64, 182). Um einen Fall der andern Art würde es sich handeln bei einem durch die mehreren Mitbesitzer vermöge verschiedenartiger Schlüssel ausgeübten Mitverschlusse. Unbedingtes Erfordernis ist im übrigen für jeden Mitbesitz, daß sich der Besitz jedes einzelnen Besitzers auf den ganzen mitbesessenen Gegenstand erstreckt. Daher steht auch jedem einzelnen Mitbesitzer das Besitzschutzrecht an der ganzen mitbesessenen Sache zu (RGSt 47, 314). Mitbesitz nach Bruchteilen gibt es nicht (RG 13, 179). Erworben wird Mitbesitz entweder durch gemeinschaftliche Besitzergreifung (§ 854) oder dadurch, daß der bisherige Alleinbesitzer die tatsächliche Gewalt noch einem andern einräumt, z. B. durch Aushändigung eines zweiten gleichartigen Schlüssels (§ 854 A 3). Daß zwischen den Mitbesitzern ein bestimmtes Rechtsverhältnis besteht, ist kein begriffliches Erfordernis; ebensowenig, daß die Art des Besitzes die nämliche ist. Es können daher dem Mitbesitze Miteigentum oder Gesellschaft zugrunde liegen, anderseits kann aber auch Eigenbesitz und Pfandbesitz zusammentreffen. Im letzteren Falle setzt der Mitbesitz des Pfandhalters Mitverschluß mittels eines verschiedenartigen Schlüssels voraus (RG 25. 1. 07 II 238/06).

Unanwendbar ist der § 866 im Verhältnisse zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer, da der erstere die tatsächliche Gewalt überhaupt nicht hat. Verloren geht Mitbesitz nach Maßgabe des § 856.

2. Auch an einem besitzfähigen Teile einer Sache kann Mitbesitz bestehen.

3. **Im Verhältnisse der Mitbesitzer untereinander** greifen die **Besitzschutzmittel** der §§ 858—864 nur insoweit Platz, als sich der Streit nicht auf die Grenzen des dem einzelnen Mitbesitzer zustehenden Gebrauchs bezieht. Da nun ein Streit über die Grenzen des Gebrauchsrechts stets in Frage steht, wenn der eine Mitbesitzer dem andern den Mitgebrauch einschränkt, so folgt, daß die Mitbesitzer im Falle einer solchen Störung untereinander nur auf die Rechtsklage angewiesen sind. Anderseits handelt es sich nicht mehr um den Fall des Gesetzes, wenn der eine Mitbesitzer dem andern den Mitgebrauch gänzlich verwehrt; denn diesfalls ginge es über einen Streit betreffs der Grenzen des Mitgebrauchs hinaus und müßte also auch dem betroffenen Mitbesitzer der regelmäßige Besitzschutz zustehen. — Die Stellung der einzelnen Mitbesitzer Dritten gegenüber regelt sich lediglich nach den §§ 858—864.

§ 867

Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung und die Wegschaffung zu gestatten[1]), sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist[2]). Der Besitzer des Grundstücks kann Ersatz des durch die Aufsuchung und die Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen[3]). Er kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird; die Verweigerung ist unzulässig, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist[4]).

E I 867 II 789, 852; M 3 296; P 3 164.

1. Es handelt sich hier um eine weitere Art des Besitzschutzes, um das sogenannte **Verfolgungsrecht des Besitzers.** Positive Voraussetzung ist, daß die Sache **aus der Gewalt des Besitzers** entkommt und auf ein Grundstück gelangt, das ein anderer besitzt. Und negative Voraussetzung ist (A 2), daß die Sache nicht bereits von einem andern in Besitz genommen ist oder — was das Gesetz wohl sagen will — in den Besitz eines andern gelangt ist, was gelegentlich schon damit erfüllt sein kann, daß die Sache auf das von einem andern besessene Grundstück geraten und schon hierdurch in dessen tatsächliche Gewalt gekommen ist. — Unter Umständen steht dem Sachbesitzer auch das Selbsthilferecht aus § 229 oder das Notstandsrecht aus § 904 zur Seite.

Daß der **Besitzer des Grundstücks** auch dessen Eigentümer sei, ist nicht gefordert. Die Bestimmung kann gelegentlich sogar dann anwendbar sein, wenn der Sachbesitzer selbst der Grundstückseigentümer ist (beispielsweise, wenn er es verpachtet hat). Auf welche Art die Sache dem Besitzer entkommt und auf das Grundstück gelangt, ist gleichgültig, nur darf das Ergebnis nicht durch den Sachbesitzer willkürlich herbeigeführt sein. In Betracht kommen kann als Gegner nur der unmittelbare Besitzer des Grundstücks. — Gelangt die Sache nicht auf ein Grundstück, sondern etwa auf ein Gefährt oder eine Marktbude, dann wird die entsprechende Anwendung der Bestimmung zulässig sein.

Den **Inhalt des Verfolgungsrechts** bildet der klagbare Anspruch gegen den Besitzer des Grundstücks, daß dieser die **Aufsuchung und Wegschaffung gestattet.** Dagegen ist dem Sachbesitzer die Befugnis, behufs Wiedererlangung der Sache auf dem Grundstücke ohne weiteres tätig zu werden, durch den § 867 (vgl. jedoch Abs. 1 a. E.) nicht gewährt. Ein solches Verfahren des Sachbesitzers würde sich vielmehr als verbotene Eigenmacht darstellen (§ 858). Umgekehrt aber macht sich auch der Grundstücksbesitzer verantwortlich, wenn er die Genehmigung zur Aufsuchung der Sache usw. ohne Grund, also widerrechtlich versagt.

2. Ist inzwischen bereits von einem andern die **Sache in Besitz genommen worden,** so ist für das Verfolgungsrecht kein Raum mehr. Hat insbesondere der Grundstücksbesitzer den Besitz erworben (mit oder ohne sein Zutun), so ist auch ihm gegenüber schon der Tatbestand des § 861 (oder der §§ 985, 1007) erfüllt; das Gesetz will mit § 867 nicht einen Rechtsbehelf schaffen, der unter Umständen noch neben der Besitzklage aus § 861 gegeben wäre. Die Ansicht aber, daß der Besitzer des Grundstücks den Besitz an der auf jenes gelangten Sache regelmäßig schon damit erwerbe, ist unrichtig, und unzutreffend sind daher auch die aus jener Ansicht gezogenen Folgerungen. Sie verstößt schon gegen den allgemeinen Grundsatz, daß zum Besitzerwerb niemals die bloße äußerliche Möglichkeit der Gewaltausübung

ausreicht, daß vielmehr auch der tatsächliche Beherrschungswille dazugetreten sein muß (§ 854 A 3).

3. Der **Anspruch des Grundstücksbesitzers auf Schadensersatz** aus § 867 Satz 2 ist ein unbedingter. Sucht der Sachbesitzer die Sache auf dem Grundstücke auf und schafft er sie fort, ohne daß ihm das gestattet worden, so ist seine Handlungsweise eine widerrechtliche, es greift sonach im Falle der Beschädigung des Grundstücks der § 823 Platz. Handelt der Sachbesitzer nach erhaltener Erlaubnis, dann besteht seine Verpflichtung zum Schadensersatze, wiewohl eine Widerrechtlichkeit des Handelns nicht vorliegt, trotzdem, und zwar kraft Gesetzes, wie im Falle des § 904. Sonst können hinsichtlich der Schadensersatzpflicht noch in Betracht kommen die §§ 833, 834, 836—838. Über die Haftung des Grundstücksbesitzers, falls er die Gestattung ohne Recht verweigert, vgl. A 1 Abs 3.

4. Das Recht des Grundstücksbesitzers auf **Sicherheitsleistung** durch den Sachbesitzer gibt dem ersteren eine verzögerliche Einrede (§ 202 A 2). Sie ist aber nur dann berechtigt, wenn nach den obwaltenden Umständen anzunehmen, daß durch die vom Sachbesitzer behufs Wiedererlangung der Sache zu treffenden Veranstaltungen das Grundstück beschädigt werden wird. Die Einrede versagt überhaupt, wenn die Wiederbeschaffung der Sache ein sofortiges Handeln erfordert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist. Das Interesse des Sachbesitzers geht alsdann demjenigen des Grundstücksbesitzers einstweilen vor. Selbstverständlich büßt aber der letztere seinen Anspruch auf Schadensersatz nicht ein. Verlangt der Grundstücksbesitzer grundlos Sicherheitsleistung und verweigert er bis dahin die Genehmigung zur Aufsuchung und Fortschaffung der Sache, so handelt er wiederum widerrechtlich und ist, wenn sein Verhalten auch ein schuldhaftes, ersatzpflichtig (§§ 276, 823).

§ 868

[1]) Besitzt jemand[4]) eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse[3]), vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist[2]), so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)[4]) [5]) [6]).

E II 790, 853; P 3 219.

1. Mittelbarer Besitz. Bei dem Rechtsgebilde des § 868 sind zwei Personen beteiligt: die eine „besitzt die Sache", die andere ist „auch Besitzer". Besitz im Sinne des § 854 hat nur die erstere Person, weil nur sie in einer unmittelbaren Beziehung zur Sache steht, während der andern Person eine Besitzstellung nur deswegen zugeschrieben wird, weil für sie vermöge des zwischen ihr und dem unmittelbaren Besitzer als bestehend vorauszusetzenden Verhältnisses wenigstens eine mittelbare Beziehung zu der Sache hergestellt wird. Daher handelt es sich hier auch nur um den sog. „mittelbaren Besitz", bei dem der unmittelbare Besitzer als Besitzmittler dient. Ein Fall von Stellvertretung liegt dabei nicht vor, weil die Besitzhandlungen des unmittelbaren Besitzers unmittelbare Wirkungen nur für ihn selbst, dagegen nicht für den andern zeitigen (§ 854 A 5). Wohl aber kann das Rechtsgebilde des mittelbaren Besitzers in gewissem Maße als Ersatzmittel für die beim Besitze vom Gesetze nicht allgemein anerkannte Stellvertretung insofern gelten (§ 854 A 5), als es nach § 868 möglich ist, mit Hilfe der Tätigkeit eines andern eine Art von Besitzstellung zu gewinnen und festzuhalten. Die Stellung des mittelbaren Besitzers reicht im übrigen nicht nur als Grundlage für den Besitzschutz aus (§ 869); sie befähigt den mittelbaren Besitzer vielmehr auch zur Übertragung von Rechten an der Sache (§ 930), und in dieser Hinsicht kann die Begründung eines Verhältnisses der in § 868 vorausgesetzten Art auch als Ersatzmittel für die Übergabe dienen (§§ 931, 930, 1032, 1205 Abs 2). Die Schöpfung dieses Rechtsgebildes des mittelbaren Besitzes ist dadurch möglich geworden, daß das Gesetz zugunsten des mittelbaren Besitzers von dem Erfordernisse eines unmittelbaren Gewaltverhältnisses abgesehen und die Möglichkeit eines unmittelbaren Besitzes anderseits auch beim Fremdbesitze anerkannt hat. Vgl. A 4. — Die Ansicht, daß **der andere** keinen wirklichen Besitz habe, daß es sich vielmehr nur um ein Rechtsverhältnis handle, oder daß sich der bloß angenommene („fingierte") Besitz des mittelbaren Besitzers in dem Rechte auf die Herausgabe der Sache erschöpfe, kann nicht gebilligt werden. Allerdings besagt das Gesetz nicht, daß der andere ebenfalls die Sache besitzt, sondern allgemein nur, daß er „auch Besitzer" ist. Aber abgesehen davon, daß es den andern als Besitzer ausdrücklich bezeichnet, hat es ihm in den gegebenen Grenzen auch einen wirklichen Besitzschutz verliehen (§ 869), und anderseits kann der mittelbare Besitzer als solcher auch in Anspruch genommen werden (§ 76 ZPO). Daß der mittelbare Besitzer wirklicher Besitzer der Sache auch schon vor Ausübung des Herausgabeanspruchs ist, zeigt sich endlich daran, daß er im Falle der Beendigung des unmittelbaren Besitzes unter gewissen Voraussetzungen die Herstellung des unmittelbaren Besitzes für sich selbst fordern kann (§ 869 A 4), wie auch daran, daß er sich

auch des Einwandes aus § 861 Abs 2 (der exceptio vitiosae possessionis) bedienen darf, vgl. § 869 A 3. Kurz gesagt: bis auf diejenigen Fälle, wo unbedingt ein unmittelbarer Besitz gefordert ist (§§ 854—856), gilt der nur mittelbare Besitzer ebenfalls als Besitzer, so daß Vorschriften, die schlechthin einen „Besitzer" voraussetzen, auch auf ihn Anwendung finden, so namentlich auch die des § 268 Abs 1, betreffend das Ablösungsrecht.

2. Die notwendige erste Voraussetzung des mittelbaren Besitzes ist, daß der eine Beteiligte, der Besitzvermittler, selbst den unmittelbaren Besitz an der Sache (§ 90) hat. Denn gerade durch seinen Besitz soll die Beziehung „des andern" zu der Sache hergestellt werden. Diesen Erfolg macht alsdann das Gesetz davon abhängig, daß **zwischen dem Besitzvermittler und dem andern ein Verhältnis besteht,** kraft dessen die erforderliche Vermittlung auch wirklich bewirkt und gesichert wird. Das dazu nötige Verhältnis kann nun naturgemäß niemals ein derartiges sein, daß der andere auch schon sogleich auf die Sache selbst tatsächlich einzuwirken vermöchte (wie im Falle der Besitzdienerschaft gemäß § 855 vorausgesetzt wird). Das wäre mit der Sachlage unvereinbar. Die Anforderung des Gesetzes geht vielmehr nur dahin, daß der andere die Sache von einem künftigen Zeitpunkte ab eben auf Grund des zwischen ihm und dem unmittelbaren bestehenden Verhältnisses an sich zu ziehen und auf diese Weise seine bisherige mittelbare Beziehung zur Sache zu einer unmittelbaren umzugestalten vermag. Dieser Gedanke hat dahin Ausdruck gefunden, daß der unmittelbare Besitzer „dem andern" gegenüber nur **auf Zeit zum Besitze berechtigt** sein darf, **oder** daß er „dem andern" gegenüber zum Besitze auf Zeit **verpflichtet** ist. Dabei ist es jedoch keine wesentliche Voraussetzung, daß das Verhältnis zwischen dem unmittelbaren Besitzer und dem mittelbaren Besitzer allemal in der Art besteht, daß der mittelbare Besitzer die Sache von einem gewissen Zeitpunkte ab u n b e d i n g t an sich ziehen darf. Das Verhältnis kann vielmehr auch so gedacht sein, daß unter gewissen Bedingungen der mittelbare Besitzer jede Beziehung zur Sache gerade endgültig einbüßen, und anderseits der unmittelbare Besitzer, vom zuvor Genannten nunmehr völlig unabhängig, in seinem Besitze dauernd verbleiben soll. Mit andern Worten, es ist keine wesentliche Voraussetzung, daß der mittelbare Besitzer inhalts des zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer bestehenden Verhältnisses einen u n b e d i n g t e n Herausgabeanspruch hat. Denn hat er ihn auch nur bedingungsweise und ist anderseits auch gerade vorgesehen, daß der Herausgabeanspruch unter gewissen Umständen zugunsten des unmittelbaren Besitzers erledigt sein soll, so ist doch immer noch die gesetzliche Anforderung erfüllt, daß während des Bestehens des Verhältnisses der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren Besitzer nur auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. So ist es möglich, ein Verhältnis im Sinne des § 868 derart zu begründen, daß unter gewissen Umständen der unmittelbare Besitzer (beispielsweise der Pächter, der Pfandgläubiger) demnächst Eigentümer der Sache werden, oder daß anderseits der mittelbare Besitzer den Herausgabeanspruch nur für den Fall des Ausbleibens der gesetzten Bedingung behalten soll. Insbesondere ist ein Verhältnis des Inhalts denkbar, daß der mittelbare Besitzer von dem Herausgabeanspruche nur dann soll Gebrauch machen dürfen, wenn der unmittelbare Besitzer seine Verpflichtungen nicht erfüllt (Fall der käuflichen Übergabe unter Eigentumsvorbehalt und der Übereignung sicherheitshalber). Vgl. **RG** 69, 198; ferner Warn 1912 Nr 421; 1913 Nr 200 u. 201. Nur dann kann von mittelbarem Besitze niemals die Rede sein, wenn dem Gegner des unmittelbaren Besitzers ein Herausgabeanspruch unbedingt und endgültig versagt ist, weil dann jede Art Beziehung des Erstgenannten zur Sache ausgeschlossen wäre. Daß das von beiden Beteiligten beabsichtigte Rechtsverhältnis als solches r e c h t s b e s t ä n d i g zur Entstehung gelangt, ist ebenfalls k e i n E r f o r d e r n i s. Denn bleibt der vorausgesetzte Erfolg aus rechtlichen Gründen auch aus, so genügt doch, daß die Parteien ein Verhältnis, wie es das Gesetz in § 868 verlangt, wenigstens haben begründen wollen. Ob endlich der Besitzvermittler dem mittelbaren Besitzer gegenüber b e r e c h t i g t oder aber v e r p f l i c h t e t ist, richtet sich nach dem Inhalte des zwischen ihnen bestehenden Verhältnisses. Verpflichtet zum Besitze ist er bei den Auftragsverhältnissen in den verschiedenen Rechtsformen, berechtigt zum Besitze ist er beispielsweise bei der Miete oder beim Faustpfande. Das Nähere über die einzelnen in Betracht kommenden Verhältnisse unter A 3.

3. Die hier **aufgeführten Vertragsformen** sollen nur als vorbildliche Beispiele dienen. Bei ihnen allen trifft zu, daß der mittelbare Besitzer von gewissem Zeitpunkte ab die Herausgabe der Sache für sich zu fordern berechtigt ist, und daß dieser Anspruch auf einem bestimmten Rechtsgrunde fußt. Als **ähnliches Verhältnis** kommt daher jedes Verhältnis in Betracht, bei dem diese Voraussetzungen ebenfalls erfüllt sind. Es braucht sich dabei auch nicht um einen benannten Vertrag zu handeln (**RG** JW 1910, 706[7]). Dagegen kann niemals ein Verhältnis genügen, bei dem das Versprechen, die Sache herauszugeben, ohne Beziehung auf einen bestimmten Verpflichtungsgrund abgegeben, die Verpflichtung vielmehr selbständig (§ 780) begründet worden ist (**RG** 49, 173; 54, 396). Ob es sich um ein Schuldverhältnis oder ein dingliches Rechtsverhältnis handelt, ob es rechtsgeschäftlich oder kraft Gesetzes entstand, ist

gleichgültig (RG 59, 201, betreffend gerichtliche Verwahrung). Als ähnliche Verhältnisse müssen namentlich gelten alle Formen von Auftragsverhältnissen (insbesondere der Kommissionsauftrag, das Treuhandverhältnis, der Verwaltungsauftrag), weiter der Frachtvertrag, die Leihe (RG 57, 178), der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt (RG 59, 298; 54, 396; 69, 197; s. auch § 455 A 7); die Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung (RG Warn 1916 Nr 83; hier hatte der Weinhändler den dem Kunden verkauften Wein ausgeschieden, auch gezeichnet und dem Kunden erklärt, daß der Wein bis zum Eintritte besserer Witterung bei ihm lagern könne); unter Umständen die Sicherheitsübereignung (RG Warn 1913 Nr 200; JW 1911, 762; 1912, 144); aus dem Gebiete des Familienrechts das Verhältnis zwischen Ehegatten beim gesetzlichen Güterrechte (auch zwischen erst zukünftigen Eheleuten, RG JW 06, 161[5]), desgleichen das Verhältnis zwischen dem elterlichen Gewalthaber und dem Kinde in Ansehung des Kindesvermögens, wie das zwischen Vormund und Mündel; aus dem Gebiete des Erbrechts das Verhältnis zwischen Testamentsvollstrecker oder Nachlaßverwalter und dem Erben; aus dem Gebiete des Prozeßrechts das zwischen Konkursverwalter und Gemeinschuldner, wie das zwischen Zwangsverwalter und Eigentümer, dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher. In allen diesen Verhältnissen ist die Annahme einer Besitzdienerschaft ausgeschlossen, weil es an der Voraussetzung der Unterordnung im Sinne des § 855 fehlt. Durch die Besitzergreifung der gepfändeten Sache (§ 808 ZPO) wird der Gerichtsvollzieher unmittelbarer Besitzer, der Schuldner verliert damit jeden Besitz. Beläßt der Gerichtsvollzieher die Pfandsache im Gewahrsam des Schuldners, so muß man sich, um mit dem Gesetz in Einklang zu bleiben, den Hergang derart vorstellen, daß der Gerichtsvollzieher die Sache zunächst in Besitz genommen (§ 808 Abs 1), demnächst aber den unmittelbaren Besitz dem Schuldner auf Zeit eingeräumt hat (RG 94, 341) und selbst so mittelbarer Besitzer geworden ist (RG JW 1919, 448[9]). Durch die Versteigerung und den Zuschlag allein wird der Ersteher noch nicht Besitzer der Sache, es muß noch die Übergabe, sei es die körperliche, sei es mittels des Besitzkonstituts, dazu kommen (RG Warn 1917 Nr 55). Ist das Verhältnis ein bedingtes, so ist auch der Besitz des unmittelbaren Besitzers nur bedingt (RG JW 07, 747[18]). — Auf das Verhältnis zwischen Finder und Verlierer ist § 868 nicht anwendbar, da der Finder dem Verlierer gegenüber zum Besitze auf Zeit weder verpflichtet noch berechtigt ist (§ 967). Soweit er die Herausgabe wegen Aufwendungen verweigert, übt er nur ein Zurückbehaltungsrecht aus (§§ 970, 971). Ein ähnliches Verhältnis liegt auch nicht vor bei dem Verhältnisse zwischen der juristischen Person und ihrem Organe, da dessen Handlungen als Handlungen der juristischen Person selbst gelten; diese ist selbst also und nur allein der Besitzer. Vgl. § 854 A 5.

4. Daß **der unmittelbare Besitzer** Eigenbesitz hat, ist nicht Erfordernis, weil das Recht oder die Verpflichtung zum einstweiligen Besitze dem andern (mittelbaren Besitzer) gegenüber auch durch einen Fremdbesitzer begründet oder übernommen werden kann.

5. Der **Erwerb des mittelbaren Besitzes** kann sich auf zweierlei Art vollziehen: erstens durch selbständige Begründung und zweitens im Wege der Übertragung dadurch, daß jemand seinen bereits vorhandenen mittelbaren Besitz auf einen andern rechtsgeschäftlich überträgt. Über den letzteren Fall handelt § 870. Die selbständige Begründung mittelbaren Besitzes ist unter drei Voraussetzungen denkbar: a) Es räumt der unmittelbare Besitzer einer Sache einem andern den mittelbaren Besitz in der Weise ein, daß er mit ihm ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 begründet. Rechtlich möglich ist dabei, daß der unmittelbare Besitzer das Rechtsverhältnis gemäß § 181 im Wege des Verhandelns mit sich selbst herstellt (vgl. RG 86, 264). Mit der Entstehung des Rechtsverhältnisses hat der andere den mittelbaren Besitz ohne weiteres erworben. b) Der bisherige unmittelbare Besitzer macht sich selbst zu einem nur mittelbaren, indem er den unmittelbaren Besitz auf einen andern überträgt und mit diesem dabei zugleich ein Rechtsverhältnis der erforderlichen Art begründet, und zwar möglicherweise auch hier im Wege des Verhandelns mit sich selbst. Entsteht ein Rechtsverhältnis dieser Art kraft Gesetzes, wie durch Bestellung einer Vormundschaft oder eines Konkursverwalters (A 3), dann wird der Vertretene oder der Gemeinschuldner, der bisher unmittelbaren Besitz hatte, zum mittelbaren Besitzer schon dadurch, daß der Vertreter oder der Konkursverwalter die Sache einseitig in seinen unmittelbaren Besitz nimmt. c) Hatte bisher keiner der Beteiligten irgendeinen Besitz an der Sache, soll vielmehr Besitz für den demnächstigen mittelbaren Besitzer erst durch die Tätigkeit des demnächstigen unmittelbaren Besitzers erworben werden, handelt es sich mithin um einen Fall des Besitzerwerbs durch einen Beauftragten (A 1), dann ist für die Frage, wie und in welchem Zeitpunkte der Auftraggeber den mittelbaren Besitz erlangt, das Verhalten des Beauftragten bei Vornahme des Besitzerwerbs entscheidend. Handelt der Vermittler sogleich beim Besitzerwerbe namens des Auftraggebers und gibt er schon in diesem Augenblicke zu erkennen, daß er die Sache auf Grund des Auftrags für den andern in Besitz nehmen und besitzen will, dann erhält der Auftraggeber den mittelbaren Besitz ohne weiteres in dem Zeitpunkte, in dem der Beauftragte den unmittelbaren Besitz erwirbt. Hat dagegen der Beauftragte beim Erwerbe dieses Besitzes in eigenem Namen gehandelt, dann kann der Auftraggeber erst dann und erst dadurch zum

mittelbaren Besitzer werden, daß der Vermittler nachträglich durch eine weitere Handlung zu erkennen gibt, er wolle fortan den Besitz für den Auftraggeber auf Grund des bestehenden Auftragsverhältnisses ausüben (oben Fall a). Diesen Erfolg kann im übrigen der Vermittler gemäß § 181 auch hier durch ein Verhandeln mit sich selbst herbeiführen. Beispielsweise ein Einkaufskommissionär legt die für den Auftraggeber angeschafften Wertpapiere demnächst in eine mit dem Namen des Auftraggebers bezeichnete Mappe (RG 52, 132). Ein äußerlich nicht in die Erscheinung getretener, bloß innerlicher Wille des Beauftragten, den Auftraggeber zum mittelbaren Besitzer zu machen, kann jedoch die beabsichtigte Wirkung niemals erzielen (RG 86, 264). Vgl. auch betreffs Begründung eines Besitzverhältnisses im Sinne des § 930 (Besitzkonstituts) RG 73, 415.

6. **Beendigt wird der mittelbare Besitz** zunächst dadurch, daß das ihn tragende Rechtsverhältnis erlischt, und daß überdies auch der Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers seine Erledigung findet. Solange dagegen der Herausgabeanspruch noch fortbesteht und auch der unmittelbare Besitz des Gegners fortdauert, besteht im Zweifel auch noch die Beziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache selbst. Anders ist nämlich die Sache nur dann, wenn der unmittelbare Besitzer bei oder nach Beendigung des Rechtsverhältnisses den Willen zu erkennen gegeben hat, die Sache fortan überhaupt nicht mehr für den mittelbaren Besitzer, als dessen Besitzmittler, sondern für sich selbst oder einen Dritten zu besitzen. Endigt beispielsweise der Mietvertrag, behält aber der Mieter die Sache noch im Besitze und liegt nichts weiteres vor, dann behält der Vermieter auch noch den mittelbaren Besitz. Hätte aber der Mieter nunmehr dem Vermieter zu erkennen gegeben, daß er einen Anspruch des letzteren auf Herausgabe der Sache überhaupt nicht mehr anerkenne, die Sache vielmehr fortan für sich oder etwa einen Dritten als den Rechtsnachfolger des Vermieters behalten wolle, dann würde dieser hierdurch des mittelbaren Besitzes verlustig gehen. — Der Verlust des mittelbaren Besitzes muß ferner regelmäßig (s. dagegen die A 6 weiter unten) dann eintreten, wenn der unmittelbare Besitz des Besitzvermittlers aufhört. Immer nämlich dann, wenn durch die Beendigung des unmittelbaren Besitzes zugleich die bisherige Beziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache beseitigt wird (s. weiter unten). Insoweit macht es auch keinen Unterschied, auf welche Weise der unmittelbare Besitzer seines Besitzes verlustig geht, ob ohne seinen Willen oder durch Aufgabe des Besitzes (§ 856). Daher ist es insbesondere auch möglich, daß der unmittelbare Besitzer den Besitzstand des andern durch rechtswidrige Verfügungen über die Sache zerstört. So etwa durch eine unberechtigte Veräußerung oder durch Verbrauch der Sache. — Der mittelbare Besitz kann weiter beendigt werden dadurch, daß der mittelbare Besitzer sich dessen selbst entäußert, und zwar durch Übertragung auf einen Dritten (§ 870) oder aber im Wege der Einigung mit dem unmittelbaren Besitzer gemäß § 929 Satz 2. Möglich ist es endlich, daß der unmittelbare Besitzer den Besitzstand des mittelbaren Besitzers einseitig dadurch beseitigt, daß er, wie im obigen Beispiele bereits gekennzeichnet worden, seinen Besitz nicht mehr für den bisherigen mittelbaren Besitzer, sondern für sich oder einen Dritten ausübt. Dazu ist indes eine bestimmte, äußerlich feststellbare Handlung erforderlich, da der Besitzvermittler den Besitzstand des andern nicht schon durch einen bloßen inneren Willensentschluß zu beseitigen vermag (Prot II 3, 227). Es zerstört aber die Beendigung des unmittelbaren Besitzes des Mittlers den Besitzstand des mittelbaren Besitzers dann nicht, wenn sich der Mittler bei Aufgabe des unmittelbaren Besitzes auch selbst einen mittelbaren Besitz verschafft; beispielsweise der Nießbraucher gibt die Sache einem Dritten in Pacht. Denn unter dieser Voraussetzung greift § 871 Platz und der mittelbare Besitzer behält also seinen Besitzstand. — Durch eine Änderung der rein persönlichen Verhältnisse des unmittelbaren Besitzers, etwa den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit, oder auch durch seinen Tod wird der mittelbare Besitz nicht berührt. — Endigt der bisherige unmittelbare Besitz, ohne daß ein Dritter einen solchen erlangt hat, dann kann das ohne weiteres zum Erwerbe des unmittelbaren Besitzes für den bisherigen mittelbaren Besitzer führen, beispielsweise des Vermieters bei Aufgabe des Mietbesitzes durch den Mieter.

§ 869

[1]) **Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu[2]). Im Falle der Entziehung des Besitzes ist der mittelbare Besitzer berechtigt, die Wiedereinräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu verlangen; kann oder will dieser den Besitz nicht wieder übernehmen, so kann der mittelbare Besitzer verlangen, daß ihm selbst der Besitz eingeräumt wird[3]). Unter der gleichen Voraussetzung kann er im Falle des § 867 verlangen, daß ihm die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache gestattet wird[4]).**

E I 821 II 790, 854; M 3 127; P 3 219.

1. **Besitzschutz beim mittelbaren Besitze.** Da das Gesetz dem mittelbaren Besitzer wirklichen Besitz zuspricht (§ 868 A 1), so gewährt es ihm auch den Besitzschutz. Weil jedoch die Beziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache eine andere ist als die des unmittelbaren Besitzers, so knüpft sich auch sein Besitzschutzrecht an eine andere Voraussetzung, als das des unmittelbaren Besitzers (A 2). Desgleichen sind die Rechtsmittel des mittelbaren Besitzers an sich beschränktere. Denn hat er auch die Rechtsbehelfe aus den §§ 861, 862 erhalten, so mußte ihm doch das Recht der Selbsthilfe im Sinne des § 859 versagt werden, weil er der tatsächlichen Gewalt über die Sache entbehrt.

2. Gesetzliche Voraussetzung auch für die Besitzklage des mittelbaren Besitzers ist, daß der Gegner **verbotene Eigenmacht verübt** hat. Dabei kann indessen nur eine gegen den unmittelbaren und nicht auch eine gegen den mittelbaren Besitzer verübte Eigenmacht in Frage kommen, da der mittelbare Besitz nur auf einem Rechtsverhältnisse (§ 868 A 1, 2) beruht, und eine Störung oder Beseitigung dieses Rechtsverhältnisses durch das Verhalten Dritter überhaupt nicht denkbar ist. Es folgt weiter, daß der unmittelbare Besitzer einer Besitzklage des mittelbaren Besitzers selbst niemals ausgesetzt sein kann, weil es ausgeschlossen ist, daß der unmittelbare Besitzer jemals gegen sich selbst verbotene Eigenmacht auszuüben vermöchte. Ferner folgt, daß der mittelbare Besitzer auch dann niemals die Klage haben kann, wenn sich die Handlungsweise des Dritten gegenüber dem unmittelbaren Besitzer nicht als eine rechtswidrige darstellt. Das trifft dann zu, wenn entweder der Dritte gerade im Einverständnisse mit dem Besitzmittler handelt (**RG** 68, 389), oder wenn die Handlungsweise des Dritten gegebenenfalls kraft Gesetzes statthaft war (§ 858 A 7). Ist freilich der Anspruch des mittelbaren Besitzers auf Besitzschutz einmal erwachsen, dann kann er ihm durch nachträgliches Übereinkommen zwischen dem unmittelbaren Besitzer und dem Dritten nicht wieder entzogen werden. Denn sein Anspruch besteht selbständig zu Recht (A 3).

Die **Ansprüche des mittelbaren Besitzers** gehen, entsprechend denjenigen des unmittelbaren Besitzers, gemäß § 862 auf Beseitigung der Störung, gegebenenfalls auch auf Unterlassung weiterer Störungen, und gemäß § 861 auf Wiederherstellung des Besitzes. Den letzteren Anspruch hat der mittelbare Besitzer indessen nur mit der sich aus A 3 ergebenden Beschränkung. Nach der Fassung („auch") läßt das Gesetz erkennen, daß das Klagerecht des mittelbaren Besitzers selbständig neben demjenigen des unmittelbaren Besitzers besteht. Sonach steht auch die Klage des einen der Klage des andern nicht entgegen, und die Einrede der Rechtshängigkeit versagt. Aus gleichen Gründen erlangt aber auch das von dem unmittelbaren Besitzer erstrittene Urteil dem mittelbaren Besitzer gegenüber keine Rechtskraft, wie auch die dem mittelbaren Besitzer gegenüber ergangene Entscheidung zuungunsten des unmittelbaren Besitzers nicht wirksam wird. Bei dieser Sachlage besteht freilich die Möglichkeit, daß in beiden Prozessen verschiedene Urteile erzielt werden. Nur durch die Klageverbindung (§ 147 ZPO) kann einem solchen mißlichen Ergebnisse vorgebeugt werden, und es entstände alsdann zwischen den beiden Klägern notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO; vgl. **RG** 60, 270). Jeder von den beiden Klagen gegenüber greift im übrigen auch der Einwand des Beklagten durch, daß er dem Anspruche des einen Klägers bereits genügt habe. — Außer den bezeichneten Ansprüchen steht dem mittelbaren Besitzer, der selbst mit der Besitzklage belangt wird, weil er sich den unmittelbaren Besitz verschafft hat, auch die **Einrede aus § 861** Abs 2 zu (**GR** 69, 197). Ausdrücklich verleiht ihm der § 869 zwar nur die Ansprüche aus den §§ 861, 862. Nichtsdestoweniger aber ist anzunehmen, daß das Gesetz dem mittelbaren Besitzer die volle Rechtsstellung der §§ 861, 862 hat gewähren wollen. Es liegt eben im Sinne des § 869, ihn auch hinsichtlich der Verteidigung dem unmittelbaren Besitzer gleichzustellen, und hierin würde er durch Versagung der bezeichneten Einrede beeinträchtigt werden. Jedenfalls fehlt es im Gesetze an einem geeigneten Vorbehalte. Falls daher der mittelbare Besitzer dem unmittelbaren Besitzer seinen Besitz entzogen hat und alsdann von ihm aus § 861 in Anspruch genommen wird, kann auch er einwenden, daß der Kläger ihm gegenüber fehlerhaft besessen hat (**RG** 69, 198; vgl. § 861 A 5).

3. Der **Anspruch des mittelbaren Besitzers bei der Besitzentziehung** geht regelmäßig nur auf Wiederherstellung eben desjenigen Besitzstandes, der zuvor bestanden hatte, mithin regelmäßig nur auf Herstellung des früheren Besitzes des unmittelbaren Besitzers. Daß ihm selbst der unmittelbare Besitz eingeräumt werde, kann der mittelbare Besitzer nur ausnahmsweise verlangen. Nämlich nur dann, wenn er zu behaupten vermag, daß der unmittelbare Besitzer zur Übernahme des Besitzes tatsächlich oder rechtlich behindert und deshalb hierzu außerstande ist, oder daß er den Besitz nicht übernehmen will. Gelingt weder der eine noch der andere Nachweis, so ist gegebenenfalls die Klage abzuweisen.

4. Das auch dem mittelbaren Besitzer gewährte **Verfolgungsrecht** (§ 867 A 1) kann ebenfalls nur nach Maßgabe der unter A 3 u. 4 dargestellten Regeln geltend gemacht werden. Der mittelbare Besitzer kann daher regelmäßig nur verlangen, daß die Aufsuchung und Wegschaffung der dem unmittelbaren Besitzer entkommenen Sache diesem gestattet wird, und nur ausnahmsweise (A 3) kann er diese Befugnis für sich selbst in Anspruch nehmen.

§ 870

Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird[1]).

E I 804 II 792, 855; M 3 95; P 3 226.

1. Die **Übertragung des mittelbaren Besitzes** (§ 868 A 6) wird dadurch bewirkt, daß der mittelbare Besitzer den ihm gegen den Besitzmittler zustehenden Herausgabeanspruch (§ 868 A 2, 3) an einen Dritten abtritt. Daß dieser auch in das dem mittelbaren Besitze zugrunde liegende Rechtsverhältnis selbst eintritt, ist zum Übergange des Besitzes nicht erforderlich. Der mittelbare Besitz gelangt sonach auch dann an den Dritten, wenn der mittelbare Besitzer seine sonstigen Ansprüche an den unmittelbaren Besitzer für sich zurückbehält. Von wesentlicher Bedeutung ist der § 870 zunächst überall da, wo der mittelbare Besitzer einem Dritten ein Recht an der Sache einzuräumen hat und dazu die Verschaffung des Besitzes erforderlich ist, so bei der Übertragung des Eigentumsrechts an einer beweglichen Sache oder bei der Begründung eines Pfandrechts. Die Übertragung des Herausgabeanspruchs vertritt alsdann die körperliche Übergabe. Tritt noch die Einigung im Sinne der §§ 929, 1205 hinzu, dann ist das dingliche Recht begründet (§§ 931, 1205 Abs 2). Wird die Übergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs auf Grund des § 931 bewirkt, dann ist für die gleichzeitige Anwendung des § 870 kein Raum mehr, und der Rechtsnachfolger daher auch nicht berechtigt, nochmals eine Abtretung gemäß § 870 zu beanspruchen (RG 52, 277). Die Anwendbarkeit des § 931 setzt aber voraus, daß der Zedent Eigentum an der Sache hat, und deshalb kann in allen Fällen, wo ein Nichteigentümer den mittelbaren Besitz übertragen will, nur § 870 Platz greifen. Auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse dient die Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 870 auch als Mittel zur Erfüllung, falls als Leistung die Gewährung des Besitzes geschuldet wird, so beim Kaufe, wenn sich der Käufer mit Übertragung des mittelbaren Besitzes begnügen will (§ 433 A 4). — Die Übergabe der sogenannten Traditionspapiere (Ladescheine, Lagerscheine, Konnossemente) überträgt den unmittelbaren Besitz wie die körperliche Übergabe, verschafft daher nicht nur mittelbaren Besitz.

Die **Abtretung des Herausgabeanspruchs** selbst und ihre Rechtswirkungen regeln sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 398ff. Demgemäß behält der unmittelbare Besitzer gegenüber dem Rechtsnachfolger des mittelbaren Besitzers gemäß § 404 auch die ihm gegen den letzteren zustehenden Einwendungen (vgl. die entsprechende Bestimmung des § 986 Abs 2 für den Fall der Abtretung des Eigentumsanspruchs nach § 931). — Auch der Übergang des Herausgabeanspruchs kraft Gesetzes hat die Wirkung der rechtsgeschäftlichen Übertragung (§§ 412, 413). Dagegen hat eine im Wege der Zwangsvollstreckung angeordnete Überweisung des Herausgabeanspruchs zur Einziehung nicht die Wirkung einer Abtretung des Anspruchs, sie gibt vielmehr nur eine Ermächtigung zur Geltendmachung des gepfändeten Anspruchs und kann daher zur Übertragung des mittelbaren Besitzes nicht ausreichen (RG 63, 218). — Einer Mitwirkung des unmittelbaren Besitzers bedarf es bei der hier in Rede stehenden Besitzübertragung nicht. Auch auf seine Kenntnis von der Abtretung kommt es für deren Wirksamkeit nicht an (RG 52, 277). Doch ist im Interesse der Sicherheit des Nachfolgers des mittelbaren Besitzers gegenüber späteren ihm nachteiligen Verhandlungen zwischen dem Rechtsvorgänger und dem unmittelbaren Besitzer die Anzeige der Abtretung an den letzteren rätlich. Denn ohne die Anzeige können solche Verhandlungen auch dem Nachfolger gegenüber wirksam sein (§§ 407ff.).

Der § 870 ist auf den Fall zu beschränken, daß der Abtretende den mittelbaren Besitz hat (RG LZ 1919, 787[10]).

§ 871

Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer[1]).

E I 821 II 791, 856; M 3 128; P 3 225.

1. **Der entferntere mittelbare Besitz.** Es ist möglich, daß ein unmittelbarer Besitzer mittelbaren Besitz in nachgeordneter Stufenfolge für mehrere Personen gleichzeitig vermittelt. Das Ergebnis kann auf zweifache Weise herbeigeführt werden. Nämlich entweder so, daß ein unmittelbarer Besitzer, der zu einer andern Person bereits im Verhältnisse eines Besitzmittlers (§ 868 A 2) steht, seinen unmittelbaren Besitz einem Dritten einräumt und jetzt mit diesem für sich ein Verhältnis der in § 868 vorausgesetzten Art eingeht (§ 868 A 5b). Oder in der Weise, daß ein mittelbarer Besitzer einem Dritten gegenüber sich verpflichtet,

ihm die betreffende Sache herauszugeben, wenn er sie von seinem Besitzvermittler erhalten hat. In solchen Fällen ist diejenige Person, die zu dem Besitzmittler in unmittelbarer Beziehung steht, der nähere mittelbare Besitzer, der andere mittelbare Besitzer ist der entferntere. Es ist dabei ersteren Falles an die Möglichkeit zu denken, daß der Nießbraucher eine seinem Nießbrauche unterworfene Sache oder daß der Mieter die Mietsache einem Dritten mietweise weiter überläßt, und im zweiten Falle an die Möglichkeit, daß etwa der Besteller des Nießbrauchs oder der Vermieter nach Überlassung der Sache an den Nießbraucher oder den Mieter einem Dritten verspricht, ihm die bezeichnete Sache nach deren Rückempfang vom Nießbraucher oder Mieter herauszugeben. Ein Verhältnis im Sinne des § 871 wird endlich auch zugunsten des Gläubigers hergestellt, wenn der Gerichtsvollzieher die in Besitz genommene Sache demnächst im unmittelbaren Besitze des Schuldners beläßt. Der Gläubiger ist alsdann der entferntere, der Gerichtsvollzieher der nähere mittelbare Besitzer (§ 868 A 3). In allen bezeichneten Fällen hat auch der Dritte, der zu dem unmittelbaren Besitzer selbst in keinem Rechtsverhältnisse steht, die Stellung des (entfernteren) mittelbaren Besitzers und selbständig den Besitzschutz nach § 869. Nur insoweit steht er dem näheren mittelbaren Besitzer nach, als er, falls der unmittelbare Besitzer entsetzt wird (§ 861), die Einräumung des Besitzes an sich selbst erst dann verlangen kann, wenn nicht nur der unmittelbare, sondern auch der nähere mittelbare Besitzer die Sache nicht übernehmen kann oder will (§ 869 A 3; M 3, 128; Prot 3, 225).

§ 872

Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer[1]).

E I 797 II 793, 857; M 3 80; P 3 227.

1. **Eigenbesitz** ist der durch den Willen des Besitzers, die Sache auch rechtlich zu beherrschen, besonders geartete Besitz (§ 854 A 3). Wie ein unmittelbarer, so kann auch der mittelbare Besitzer Eigenbesitzer sein. Daß der Eigentumswille sich auf einen bestimmten Rechtsgrund stützt oder daß der Besitzer von dem Vorhandensein eines Rechtsgrundes überhaupt überzeugt ist, verlangt das Gesetz nicht. Eigenbesitzer kann daher auch der Dieb sein. Auch der bisherige Fremdbesitzer wird zum Eigenbesitzer dadurch, daß er sich entschließt, die Sachen fortan als eigen zu besitzen; so beispielsweise der Miterbe, der bis zum Tode des Erblassers die Sachen etwa leih- oder mietweise besaß und danach in Anmaßung eines über sein wirkliches Recht hinausgehenden Erbrechts die Herausgabe der Sachen verweigert (RG 81, 294). — Von Erheblichkeit ist Eigenbesitz als gesetzliche Voraussetzung für den Erwerb von Sachenrechten, so beim gutgläubigen Erwerbe von Eigentum an beweglichen Sachen durch Ersitzung (§ 937) oder an Früchten durch die Trennung (§ 955); ferner ohne Rücksicht auf guten Glauben beim Erwerbe von Eigentum an Grundstücken durch Zeitablauf (§§ 900, 927) und an herrenlosen beweglichen Sachen durch Aneignung (§ 958). Wesentlich ist weiter der Eigenbesitz für die Haftung auf Schadensersatz im Falle des § 836 und endlich in Ansehung der Beweislast bei der Klage auf Grenzfeststellung im Falle des § 920. Der Eigenbesitz gibt nicht die Befugnis zur Erhebung der Widerspruchsklage aus § 771 ZPO, selbst dann nicht, wenn der Besitzer schon die Auflassung (aber noch nicht die Eintragung) erhalten hat (RG 81, 64).

Erfordert der **Erwerb** von Eigenbesitz eine rechtsgeschäftliche Handlung? Die Frage ist streitig. Im Gegensatze zu der früheren Ansicht des Kommentars ist anzunehmen, daß der Erwerb des Eigenbesitzes ein Rechtsgeschäft nicht darstellt. Allerdings erhebt das Gesetz hier (anders als sonst, § 854 A 3) den Willen zu einer besonderen Voraussetzung für Besitzerwerb. Aber entscheidend dürfte doch sein, daß auch der Eigenbesitz immer nur ein tatsächliches Verhältnis enthält, und daß, wer sich den Eigenbesitz verschaffen will, nur den Willen hat, dieses tatsächliche Verhältnis zu begründen, mithin nicht die Herbeiführung eines Rechtserfolgs beabsichtigt. Wollte der Dieb etwa solches vorhaben, so wäre dieser Wille doch unbeachtlich, und auch beim Erwerbe des Eigentums an einer herrenlosen Sache knüpft sich der Rechtserfolg nur an die Tatsache, daß der Erwerber die Sache in Eigenbesitz nimmt, während der Wille, Eigentum zu erwerben, bei der Aneignung im Sinne des § 958 überhaupt nicht in Betracht kommt. — Beweis: Wer sich auf Eigenbesitz beruft, muß aus den tatsächlichen Umständen den Nachweis erbringen, daß die besonderen Voraussetzungen des Eigenbesitzes erfüllt sind (RG 54, 135). Falls der Besitzer ein Recht aus dem Eigenbesitze für sich herleitet, liegt ihm die Beweislast ob; soll er dagegen haftbar gemacht werden, dann ist der Beweis Sache des Gegners. — Verloren wird Eigenbesitz entweder durch Beendigung des Besitzes überhaupt (§ 856; § 868 A 6) oder durch erkennbar gewordene Aufgabe des Willens, die Sachen als eigene zu besitzen. Möglich ist dabei, daß der Eigenbesitzer den bloßen Besitz behält.

Zweiter Abschnitt

Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken

Die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des BGB über Rechte an Grundstücken setzt die Anlegung von Grundbüchern voraus. Solange das Grundbuch noch nicht gemäß Art 186 EG als angelegt anzusehen ist, gelten nach Maßgabe des Art 189 EG die bisherigen Vorschriften. Jedoch können nach § 90 GBO gewisse Grundstücke vom Buchungszwange durch landesherrliche Verordnung befreit werden. Hinsichtlich solcher Grundstücke enthalten die Artt 127, 128 EG bestimmte Vorbehalte für die Landesgesetze (s. dazu KGJ 29 A 120); vgl. auch Art 112 EG (Bahneinheiten). — Die Vorschriften des BGB betreffen das materielle Liegenschaftsrecht. Die notwendigen Ergänzungen bilden die formellrechtlichen Bestimmungen der GBO und der landesrechtlichen Ausführungsgesetze. Diese Bestimmungen sind aber, abgesehen von denjenigen, die (wie z. B. die Einrichtung der Grundbücher, Herstellung der Hypothekenbriefe) wesentliche Grundlagen für das materielle Recht bilden, grundsätzlich nur Ordnungsvorschriften, die der Grundbuchrichter zwar zu beachten hat, deren Nichtbeachtung jedoch die betreffenden Rechtshandlungen nicht nichtig macht (vgl. RG 73, 52; über Eintragungen in eine unrichtige Abteilung RG 54, 248; 55, 343; JW 07, 291[53]; KGJ 27 A 82). Ferner werden die Vorschriften des BGB über die Rechte an Grundstücken ergänzt für die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück oder in ein eingetragenes Recht durch das ZVG und die §§ 764ff., 864ff. ZPO. Hinsichtlich des Einflusses des Konkurses auf die Rechte an Grundstücken kommt besonders in Betracht § 47 KO (abgesonderte Befriedigung der Rechte an Grundstücken).

1. **Einrichtung der Grundbücher.** Nach § 2 GBO erfolgt die Bezeichnung der Grundstücke (Begriff: § 873 A 4) in den Grundbüchern, die nach Bezirken einzurichten sind, nach einem die Grundstücke unter Nummern oder Buchstaben aufführenden amtlichen Verzeichnisse, dessen Einrichtung durch landesherrliche Verordnung bestimmt wird. Gemäß § 3 GBO erhält jedes Grundstück im Grundbuche ein besonderes Grundbuchblatt, das für das Grundstück als das Grundbuch im Sinne des BGB anzusehen ist. Unter gewissen Voraussetzungen kann über mehrere Grundstücke ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt geführt und können mehrere Grundstücke durch Vereinigung oder durch Zuschreibung als Bestandteil zu einem einheitlichen Grundstücke auf einem Grundbuchblatt zusammengelegt werden (§§ 4, 5, 86 GBO, § 890 BGB). — Abgesehen von diesen Vorschriften sowie von § 8 GBO, betreffend die Eintragung subjektiv-dinglicher Rechte, bestimmt sich die Einrichtung der Grundbücher gemäß § 1 Abs 2 GBO nach den Anordnungen der Landesjustizverwaltungen. Für Preußen ist das durch die AVf v. 20. 11. 99 §§ 5ff. eingeführte neue Formular maßgebend. Danach besteht ein Grundbuchblatt aus der Aufschrift (Amtsgericht, Bezirk, Kreis, Band- und Blattnummern), dem Bestandsverzeichnisse I (Verzeichnis der Grundstücke) und II (Verzeichnis der mit dem Eigentum verbundenen Rechte) und drei Abteilungen. Es werden eingetragen in mehreren Spalten in Abteilung I: Eigentümer, Grund des Erwerbs und Verzicht, Erwerbspreis; in Abteilung II: Lasten und Beschränkungen, Veränderungen, Löschungen; in Abteilung III: Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, Veränderungen, Löschungen. In Bayern bestimmt sich die Einrichtung für die Landesteile rechts des Rheins nach JMBek. v. 12. 11. 98 und für die Pfalz nach JMBek. v. 15. 9. 02. Danach besteht das Grundbuchblatt aus einem Titel und drei Abteilungen. In Abteilung III werden die Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, in Abteilung II andere Rechte an der Sache und Verfügungsbeschränkungen eingetragen, und zwar Veränderungen, Aufhebung und Belastungen des eingetragenen Rechtes in derselben Spalte, in der das Recht selbst eingetragen ist. Für die Pfalz dient der Titel zur Aufnahme des Blattinhabers, die Abteilung I zur Eintragung der Grundstücke, während für die Landesteile rechts des Rheins der Titel für die Eintragung der Sache (Grundstücke, Rechte), die Abteilung I für die Eintragung des Eigentümers dient. Die Bezeichnung der Grundstücke erfolgt nach Plannummer, Größe, Lage und Bebauungsart. In Sachsen enthält das Grundbuchblatt drei Abteilungen: 1. Sache, 2. Eigentümer, 3. Lasten (AusfVO.GBO v. 26. 7. 99). In Württemberg sind zwei Formulare eingeführt, ein Personalfolium, das regelmäßig angewendet werden soll, und ein Realfolium (Vf v. 2. 9. 99).

2. Die **Eintragungen auf die Grundbuchblätter** dienen: zum Nachweise sämtlicher Grundstücke eines Bezirks; zur Sicherung des Eigentums; zur Feststellung der zulässigen dinglichen Belastungen, ihrer Rangverhältnisse und ihrer eintretenden Veränderungen; zum einstweiligen Schutze bestehender Rechte gegen nachteilige Veränderungen (Vormerkung, Widerspruch); zur Kundgebung der Verfügungsbeschränkungen, die hinsichtlich der dinglichen Rechte zugunsten bestimmter Personen bestehen (vgl. §§ 892f., 1010). — Der Kreis der eintragungsfähigen Rechte ist, wie überhaupt der Kreis der dinglichen Rechte, ein geschlossener. Andere als diejenigen Rechte, über deren Eintragung das BGB oder sonst ein Reichs- oder

Landesgesetz Bestimmung trifft, dürfen in das Grundbuch nicht eingetragen werden, selbst wenn ihre Eintragung unter der Herrschaft des früheren Rechtes zulässig war (RG 48, 63; 51, 86; 54, 235; 55, 273; 56, 14; 57, 333; JW 03 Beil 116; RJA 1, 25; KGJ 21 A 133; OLG 8 S. 123, 126).

Nicht eintragungsfähig sind daher die Rechte und Verpflichtungen rein persönlicher (schuldrechtlicher) Natur, auch wenn ihre Eintragung ausdrücklich vereinbart worden ist, wie z. B.: das Miet- oder Pachtrecht (RG 54, 233; KGJ 24 A 121; 33 A 221; OLG 17, 30); ein Zurückbehaltungsrecht (vgl. RG 51, 83; 66, 24; 68, 278); der Anspruch aus dem Kaufe von Holz auf dem Stamm (RG 60, 317); das persönliche Wiederkaufsrecht gemäß §§ 497ff. (OLG 2, 489); das Recht auf Ersatz von Verwendungen in das Grundstück gemäß §§ 994ff. (s. RG 71, 430); das den Gläubigern des Bestellers eines Nießbrauchs an einem Vermögen zustehende Befriedigungsrecht (RG 70, 348); der Anspruch auf den Ausbau einer Straße (RG 57, 330); die aus einem Vertrage über Anlegung eines Anschlußgleises erwachsenden Verpflichtungen einer Eisenbahn (RG 58, 264); der Verzicht des Eigentümers auf Ersatz des dem Grundstücke durch Unternehmungen eines andern, wie Betrieb einer Eisenbahn, eines Bergwerks, erwachsenden Schadens (KGJ 21 A 310; 22 A 152; 25 A 147; 49, 196; OLG 3, 291). Eine dingliche Sicherung kann hier nur durch Bestellung einer Sicherungshypothek (§§ 1184ff., 1189, 1190) für die etwaige Forderung wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit bewirkt werden (RG 55, 273). Über die Frage, ob, weil die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs nach § 1059 nur schuldrechtliche Wirkungen hat, die Verpfändung oder Pfändung (§§ 829, 857 ZPO) des Rechtes auf Ausübung eines auf einem Grundstück eingetragenen Nießbrauchs nicht eintragungsfähig ist, vgl. RG 74, 83; KGJ 40, 254; 48, 212. Ferner sind nicht eintragungsfähig solche Rechte, die sich den dinglichen Rechten, die das BGB zuläßt, nicht anpassen lassen, wie z. B.: das Recht einer Stadtgemeinde auf Beseitigung von Bauwerken bei Freilegung einer Straße (KGJ 26 A 274); die Verpflichtung des Eigentümers, in seinem Gastwirtschaftsbetriebe auf dem Grundstücke nur Biere einer bestimmten Brauerei auszuschenken (RJA 3, 148; OLG 15, 371); in Preußen das Recht der Anlieger an öffentlichen Straßen in Ortschaften (RG 70, 77). Vgl. bezüglich des Nutzungspfandrechts § 873 A 6. Aus dem Grundsatze des Grundbuchrechts, daß Eintragungen unzulässig sind, deren Zulässigkeit nicht besonders bestimmt ist und an die sich eine bestimmte rechtliche Wirkung nicht knüpft, folgt weiter, daß Rechte oder Beschränkungen, die nach dem Gesetze ohne weiteres rechtliche Wirkungen haben, an denen durch eine Eintragung (insbesondere hinsichtlich des Rechtserwerbs in gutem Glauben) nichts geändert werden könnte oder über die das Grundbuch Auskunft zu geben nicht bestimmt ist, nicht eintragungsfähig sind, wie z. B.: die persönlichen Eigenschaften der Berechtigten (z. B. Familienstand); Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit (RG 69, 268; OLG 18, 110; RJA 14, 246); Umfang der Verfügungsmacht von Vertretern eingetragener Berechtigter (OLG 1, 116); ehemännliches oder elterliches Verwaltungs- und Nutzungsrecht, sowie der Ausschluß des Rechtes des Ehemanns oder der Eltern (RJA 3, 161; 4, 261; 14, 246; KGJ 38 A 210; 49, 211); die Besitzverhältnisse an Grundstücken (RG 61, 378); die aus den Vorschriften des Nachbarrechts entspringenden Beschränkungen (OLG 1, 380); das gesetzlich begründete Recht einer Gemeinde auf Entziehung des Grundeigentums gemäß dem Fluchtlinienplan (KGJ 25 A 147); die den Straßenanliegern einer Gemeinde gegenüber hinsichtlich der Kosten der Herstellung der Straße als öffentliche Lasten obliegenden Verpflichtungen (OLG 1, 203); die gesetzlichen Veräußerungs- und Belastungsverbote und die auf Grund öffentlichen Rechtes bestehenden Verfügungsbeschränkungen (vgl. OLG 6, 490; 22, 137; SeuffA 57 Nr 219), so auch die zwangsweise Verwaltung feindlicher Unternehmungen während des Krieges auf Grund der VO v. 26. 11. und 22. 12. 14 (RJA 14, 245; 14, 247; KGJ 50, 168). Ausgeschlossen von der Eintragung sind auch, weil § 137 der dinglichen Geltung entgegensteht, die auf Rechtsgeschäft beruhenden Beschränkungen der Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht an einem Grundstücke (vgl. RG 73, 18; KGJ 20 A 292; 21 A 133; 45, 222; OLG 8, 132; 11, 1; RJA 9, 271). Über ausnahmsweise Zulässigkeit der Eintragung rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkungen zugunsten einer bestimmten Person (Testamentsvollstreckerschaft, Nacherbenrecht) vgl. § 892 A 11 Abs 2. Endlich können nur Rechte an Grundstücken durch Eintragung gesichert werden, nicht Rechte an beweglichen Sachen, mögen sie auch zu einem Grundstücke in rechtlicher Beziehung stehen, z. B. nicht: der Vorbehalt des Eigentums an Zubehörstücken; die bei der Veräußerung eines Grundstücks getroffene Abrede, wodurch sich der Veräußerer die auf einen Schatz bezüglichen Eigentumsrechte vorbehält (RJA 3, 136). Die Einschreibung von Vermerken, die sich aus vorhandenen Eintragungen nach dem Gesetze von selbst ergeben, sind, weil das Grundbuch übersichtlich sein und nicht mit Überflüssigem belastet werden soll, vom Grundbuchrichter abzulehnen (KGJ 35 A 326; 49, 230), so z. B.: bei einer Hypothek die Haftung für die in § 1118 bezeichneten Kosten (RJA 1, 81); bei einer Zwangshypothek (§ 867 ZPO)

die Haftung für die Eintragungskosten (RJA 2, 246; KGJ 35 A 325); der Vorrang der Resthypothek des Gläubigers vor der Eigentümerteilhypothek auf Grund des § 1176 (KGJ 21 A 165; 28 A 139); die Verpflichtung des Hypothekengläubigers zur Löschungsbewilligung nach Erlöschen der Hypothekenforderung (KGJ 29 A 244); vgl. auch KGJ 28 A 145 (Wiederholung einer klaren Eintragung). — Weiter können die dinglichen Rechte an Grundstücken, wie überhaupt der im Gesetz bestimmte Inhalt dinglicher Rechte nicht durch Parteivereinbarung geändert werden kann, nicht auf Grund Parteivereinbarung mit einem andern Inhalt als dem gesetzlich geregelten eingetragen werden; es gilt in dieser Hinsicht auf dem Gebiete des Sachenrechts nicht, wie auf dem Gebiete der Rechte der Schuldverhältnisse, der Grundsatz der Vertragsfreiheit (RG 88, 162; KGJ 20 A 91, 206, 308; 21 A 311; 22 A 152; 25 A 290; 29 A 175; 51, 245). Deshalb ist es auch unzulässig dingliche Rechte an Grundstücken als subjektiv dingliche Rechte (d. i. zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks) einzutragen, wenn es sich nicht um solche Rechte handelt, die, wie Grunddienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten (§§ 1018, 1094 Abs 2, 1105 Abs 2), vom Gesetz als subjektiv dingliche Rechte zugelassen sind (RJA 4, 257; KGJ 28 A 322). — Über öffentlichrechtliche Lasten vgl. § 873 A 5. — Ist eine ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragung irrtümlicherweise bewirkt worden, so ist sie gemäß § 54 Abs 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen (OLG 6, 203; 23, 346; KGJ 49, 211). — Darüber jedoch, daß nach Art 167 EG in Preußen landschaftliche Kreditinstitute in Verbindung mit ihren Pfandbriefgeschäften auch andere Rechte an Grundstücken als die im BGB geregelten durch ihre Satzungen zur Geltung bringen können, vgl. KGJ 51, 297, und darüber, daß nach Art 62 EG in Preußen gleiches gilt bezüglich Rentengütern gemäß der Rentengutsgesetzgebung, vgl. KGJ 45, 220.

3. **Leitende Grundsätze des Grundbuchrechts**: a) **Öffentlichkeitsgrundsatz.** Dieser äußert sich, gemäß dem Zweck der Grundbucheinrichtung, die Grundstücke und die daran bestehenden Rechte erkennbar zu machen, nach der formellrechtlichen Seite dahin, daß ein jeder, der ein berechtigtes Interesse darlegt, zur Einsicht des Grundbuchs berechtigt ist (§§ 11, 93 GBO), und nach der materiellrechtlichen Seite in dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, wonach zugunsten desjenigen, der auf den Inhalt des Grundbuchs bei Rechtshandlungen vertraut, nach Maßgabe der §§ 892f. dieser Inhalt als richtig gilt. — b) **Einigungsgrundsatz.** In materiellrechtlicher Hinsicht ist nach diesem Grundsatze zu rechtsgeschäftlichen Änderungen des Rechtsstandes eines Grundstücks eine Einigung zwischen dem verfügenden Berechtigten (sog. Passivbeteiligten) und dem andern Teile (sog. Aktivbeteiligten) erforderlich (§§ 873, 877, 880 Abs 2), sowie im Falle der Aufhebung, Inhaltsänderung oder Rangverschlechterung eines Rechtes am Grundstücke, das mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, die Zustimmungserklärung des Dritten (§§ 876, 877, 880 Abs 3). Jedoch gelten von dem Einigungsgrundsatz in den Fällen der §§ 875 (Aufhebung von Rechten an Grundstücken), 928 (Aufgabe des Grundstückseigentums), 1188 (Bestellung einer Hypothek für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber), 1195 (Bestellung einer Grundschuld auf den Inhaber), 1196 (Bestellung einer Eigentümergrundschuld) insofern Ausnahmen, als in diesen Fällen die einseitige Erklärung des Passivbeteiligten genügt. — Nach formellem Grundbuchrecht ist zur Eintragung einer Rechtsänderung der Nachweis erfolgter Einigung in der Regel überhaupt nicht erforderlich, vielmehr ist zur Erleichterung des Grundbuchverkehrs im § 19 GBO zur Begründung des Antrags auf Eintragung die einseitige Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten (desjenigen, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird) für genügend erklärt. Nur im Falle der Auflassung bedarf es nach § 20 GBO ausnahmsweise des Nachweises der von beiden Teilen erklärten Einigung, und ferner enthalten die §§ 21—27 GBO andere Abweichungen von dem Regelsatze des § 19. Anderseits gilt nach formellem Grundbuchrecht der Antragsgrundsatz. Das Grundbuchamt darf gemäß §§ 13ff. GBO eine Einschreibung ohne Betreiben der Beteiligten nicht vornehmen, hat auch die Interessen der Beteiligten hinsichtlich der Grundbucheintragungen nicht von Amts wegen zu wahren. Ausnahme von diesem Grundsatze enthalten die §§ 4, 6—8, 18, 23, 24, 46, 49, 52—54, 76, 96 GBO. In gewissen Fällen wird der Antrag durch Ersuchen von Behörden ersetzt (vgl. § 39 GBO). Der Antrag ist nicht eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung materiellrechtlicher Natur, sondern nur eine prozessuale Handlung, wodurch die Tätigkeit des Grundbuchamts in Anregung gebracht wird. Er bedarf gemäß § 30 GBO keiner Form (RGSt 49, 186). Nach § 13 Abs 2 GBO ist sowohl der Aktivbeteiligte (derjenige, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll) als auch der Passivbeteiligte zu dem Antrage berechtigt. Mit dem formellen Bewilligungsgrundsatz und dem Antragsgrundsatze steht im Zusammenhange der Legalitätsgrundsatz. Danach liegt dem Grundbuchamte die Prüfungspflicht ob hinsichtlich der Frage, ob das Rechtsverhältnis, dessen Eintragung begehrt wird, nach dem Liegenschaftsrechte des BGB überhaupt eintragungsfähig ist, und hinsichtlich des Vorhandenseins und der Rechtsbeständigkeit der nach formellem Grundbuchrecht zur Begründung des Eintragungsantrags erforderlichen Rechtsakte und Nachweise (z. B. Identität der Beteiligten, Geschäftsfähigkeit, Eigenschaft einer Frauensperson als Ehefrau,

Legitimation der erklärenden Personen, Befugnis zur Verfügung über das betreffende Recht, KGJ 20 A 282; 25 A 117; OLG 8, 304; 8, 305; 12, 309). Dagegen braucht das Grundbuchamt die Rechtsbeständigkeit des der Eintragungsbewilligung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts nicht zu prüfen, da, wenn die Eintragungsbewilligung rechtsbeständig und formgerecht (§ 29 GBO) ist und auch die sonstigen nach Lage des Falles etwa in Betracht kommenden Erfordernisse des formellen Grundbuchrechts gegeben sind, der Eintragungsantrag gerechtfertigt ist (RJA 7, 56; 7, 278; OLG 8, 303; 12, 309; 18, 212; KGJ 51, 178). Aus gleichem Grunde liegt auch dem Grundbuchamte in den Fällen, in denen die Eintragung zur materiellen Rechtswirksamkeit einer Einigung bedarf, abgesehen von dem Ausnahmefalle des § 20 GBO, nicht ob, zu prüfen, ob eine solche Einigung vorliegt, zumal durch nachträgliche Einigung die ohne diese erfolgte Eintragung noch wirksam werden kann (KGJ 21 A 309; 28 A 267; OLG 25, 374, auch § 873 A 7 „Form der Einigung"). — c) **Eintragungsgrundsatz.** Eine jede Rechtsänderung, die auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruht, bedarf regelmäßig der Eintragung in das Grundbuch, mag sie auf Begründung oder auf Übertragung, Belastung, Aufhebung, Inhalts- oder Rangänderung eines Rechtes an einem Grundstücke gerichtet sein (§§ 873, 875, 877, 880 Abs 2). Die Eintragung hat aber keine formelle Rechtskraft in dem Sinne, daß das Eingetragene unbedingt auch als wirklich zu Recht bestehend gilt; vielmehr begründet sie nur eine widerlegbare Vermutung für die Richtigkeit des sich daraus ergebenden Rechtszustandes (§ 891). Zu ihrer materiellen Gültigkeit ist erforderlich, daß ihr eine auf die betreffende Rechtsänderung gerichtete rechtswirksame rechtsgeschäftliche Erklärung der Beteiligten, insbesondere eine Einigung zugrunde liegt. Erst beim Zusammentreffen dieser Grundlage mit der Eintragung tritt die Rechtsänderung ein. Nach dieser Richtung hat die Eintragung rechtsbegründende (konstitutive) Wirkung. Eine andere Bedeutung hat die Eintragung einer Rechtsänderung, die sich außerhalb des Grundbuchs vollzogen hat. Hier wirkt sie nur feststellend (deklarativ) und ist ihr Zweck, durch Veröffentlichung der eingetretenen Rechtsänderung Schutz gegen Nachteile zu gewähren, die dem Berechtigten zufolge Rechtserwerbs eines Dritten im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs (§§ 892 f.) entstehen könnten. Vgl. über Eintragungen mit dieser Wirkung §§ 894, 895, 901, 1075 Abs 1, 1154 Abs 2, 1163 ff., 1287 Satz 1, 1438 Abs 3, 1485 Abs 3, 1519 Abs 2. In derartigen Fällen aber beruht die Rechtsänderung regelmäßig nicht auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, sondern auf anderem Rechtsgrunde (z. B. Erbfolge, Eintritt ehelicher Gütergemeinschaft, Zuschlag in der Zwangsversteigerung, Enteignung). Nur bezüglich der Briefhypothek und Briefgrundschuld vollzieht sich die Übertragung, Nießbrauchbestellung, Pfandrechtsbestellung, wiewohl es sich um Rechtsänderungen auf rechtsgeschäftlicher Grundlage handelt, ohne Eintragung außerhalb des Grundbuchs (§§ 1154 Abs 1, 1069, 1274, 1192); insoweit bestehen also zugleich Ausnahmen von dem Eintragungsgrundsatze bei rechtsgeschäftlichen Rechtsänderungen. Anderseits gilt der Eintragungsgrundsatz in bestimmten Fällen auch für nicht auf Rechtsgeschäft beruhenden Rechtsänderungen, so daß die Eintragung auch hier Voraussetzung der Rechtsänderung ist (z. B. Tabularersitzung, § 900; s. bezüglich der übrigen Fälle § 873 A 1). Hat sich, abgesehen von diesen Fällen, eine nicht auf Rechtsgeschäft beruhende Rechtsänderung außerhalb des Grundbuchs vollzogen oder ist eine Eintragung einer rechtsgeschäftlichen Rechtsänderung nichtig, weil ihr eine rechtswirksame rechtsgeschäftliche Grundlage fehlt, so kann nach Maßgabe der §§ 894 ff. Berichtigung des Grundbuchs verlangt werden, soweit nicht ein etwa inzwischen erfolgter Rechtserwerb im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs nach §§ 892, 893 entgegensteht. — d) **Spezialitätsgrundsatz.** Nur ein bestimmt bezeichnetes Grundstück kann in das Grundbuch eingetragen und sachenrechtlich belastet werden, da nur einzelne bestimmte Sachen Gegenstand des Sachenrechts sind (vgl. § 90). Die Belastung eines Vermögensinbegriffs kann nur in der Weise erfolgen, daß bezüglich der einzelnen Sachen die Belastung hergestellt wird (vgl. § 1085). Der Bruchteil eines Grundstücks kann nur dann belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht (vgl. §§ 1066, 1095, 1106, 1114, 1192). Ferner muß die Belastung des Grundstücks eine bestimmte sein; mindestens muß sich der Höchstbetrag der Belastung aus dem Grundbuche ergeben (vgl. §§ 882, 1115, 1190, 1199 Abs 2; ZVG §§ 45, 46, 92, 121). Vgl. hierzu OLG 10, 82; 21, 42; 22, 380; KGJ 51, 236). Im übrigen bedeutet der Grundsatz für das sachliche (materielle) Recht die Notwendigkeit der bestimmten Festlegung für Person, Inhalt und Umfang des Rechtes, und für das formelle Recht, daß der Inhalt der einzelnen Eintragung so geartet sein muß, daß die sachenrechtliche Bestimmtheit im Grundbuche zum Ausdruck gelangt (**RG** Gruch 58, 1018). Soll z. B. eine Wegegerechtigkeit, wenn sie auch das ganze Grundstück belasten soll, doch der Ausübung nach auf einen Teil des Grundstücks beschränkt sein, so muß die Ausübungsstelle genau bezeichnet werden (vgl. hierüber § 1018 A 5 Abs 1). Eine Vormerkung auf Auflassung eines nicht näher bezeichneten Trennstücks, das zum Eisenbahnbau erforderlich wird, ist wegen Unbestimmtheit des von ihr betroffenen Gegenstandes nicht eintragbar (OLG 34, 228). — e) **Vorrangsgrundsatz.** Das Rangverhältnis der das Grundstück belastenden eingetragenen Rechte bestimmt sich nicht nach dem Alter ihrer Begründung, das auch regelmäßig aus dem Grundbuche nicht ersichtlich

sein wird, sondern entsprechend dem Eintragungsgrundsatze gemäß § 879, sofern nicht etwa eine abweichende Bestimmung eingetragen ist, nach der Reihenfolge der Eintragungen, gleichviel, ob die nach § 873 erforderliche Einigung vor oder nach der Eintragung erfolgt ist. Nur wenn die Rechte in verschiedenen Abteilungen eingetragen sind, hat das unter einer früheren Zeitangabe eingetragene Recht den Vorrang, während bei gleicher Zeitangabe die Rechte gleichen Rang haben.

4. Den Grundstücken gleichgestellt sind außer dem Anteil des Miteigentümers (vgl. §§ 1008, 1066, 1095, 1106, 1114, 1192) das Erbbaurecht und die in den Artt 63, 68, 196 EG der landesgesetzlichen Regelung vorbehaltenen Rechte mit Grundstückseigenschaft (Erbpachtrecht, Abbaurecht usw.; vgl. über den Umfang der Immobiliarmasse bei preußischen selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeiten **RG** 61, 190; Gruch 61, 322). Vgl. bezüglich dieser Rechte in formellrechtlicher Hinsicht §§ 7, 84 GBO. — Hinsichtlich der Rechte an Grundstücken in den Konsulargerichtsbezirken und in den Schutzgebieten vgl. § 20 KonsGG v. 7. 4. 00, nebst EinfVO v. 25. 10. 00, §§ 6 Nr 2, 18 der VO betr. die Rechte an Grundstücken in den deutschen Schutzgebieten v. 21. 11. 02 nebst AusfVf v. 30. 11. 02; ferner für Tientsin und Hankau VO v. 25. 10. 00 (RGBl 1000).

§ 873

[1]) Zur Übertragung[2]) des Eigentums[3]) an einem Grundstücke[4]) zur Belastung[5]) eines Grundstücks[4]) mit einem Rechte[6]) sowie zur Übertragung[2]) oder Belastung[5]) eines solchen Rechtes[6]) ist die Einigung[7]) des Berechtigten[8]) und des anderen Teiles[9]) über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung[10]) in das Grundbuch[11]) erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt[12]).

Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden[13]), wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet[14]) oder vor dem Grundbuchamt abgegeben[15]) oder bei diesem eingereicht sind[16]) oder wenn der Berechtigte dem anderen Teile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat[17]).

I 828 II 794; M 3 158 ff.; P 3 52 ff., 177 ff.; 4 725.

1. § 873 behandelt nur **rechtsgeschäftliche Verfügungen hinsichtlich der Rechte an Grundstücken** und unterwirft die betreffenden auf solcher Grundlage beruhenden Rechtsänderungen dem materiellen Einigungs- und Eintragungsgrundsatze. Rechtsänderungen, die eine andere Grundlage haben, gehören nicht hierher; für sie ist § 873 nicht maßgebend. Sie scheiden sich in solche, die ohne Einigung und Eintragung eintreten, also weder dem Einigungs- noch dem Eintragungsgrundsatze unterliegen, und in solche, die zwar nicht eine Einigung, wohl aber die Eintragung zur Voraussetzung haben. Fälle der **Rechtsänderungen ohne Einigung und Eintragung** nach BGB sind: Übergang des Vermögens einer aufgelösten juristischen Person auf den Fiskus (§§ 45, 88); Rückfall zufolge Anfechtung eines anfechtbaren dinglichen Rechtsgeschäfts (vgl. § 142); Eintritt einer auflösenden Bedingung, eines Endtermins, des Todes eines auf Lebenszeit Berechtigten, z. B. des Nießbrauchers (§§ 158, 163, 1061; GBO §§ 23 f.); Übergang des Anteils eines ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen auf die verbleibenden Gesellschafter (§ 728; HGB § 142; s. auch § 925 A 4); Begründung der für einen Überbau oder einen Notweg zu entrichtenden Rente (§ 912 Abs 2, §§ 913 f., § 917 Abs 2); Entstehung des Nießbrauchs und der Sicherungshypothek kraft Gesetzes gemäß §§ 1075 Abs 1, 1287 Satz 1 (vgl. auch § 848 Abs 2 ZPO u. **RG** 60, 224); Übergang eines Grundstücksrechts, insbesondere einer Hypothek, auf den Eigentümer, den persönlichen Schuldner usw. kraft Gesetzes zufolge Vereinigung oder Befriedigung (§§ 889, 1143, 1150, 1163 f., 1170—1177, 1182, 1192, 1200; s. auch ZPO § 868, ZVG § 128); Rechtsübergang zufolge Eintritts der ehelichen Gütergemeinschaft sowie der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1438, 1483, 1485, 1519, 1549); Übergang des Anteils eines Abkömmlings an dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft in den Fällen der §§ 1490 f.; Entstehung der dem Ehemann oder Inhaber der elterlichen Gewalt zustehenden nießbrauchähnlichen Rechte am eingebrachten Ehegut bzw. am nicht freien Kindesvermögen (§§ 1363, 1649, 1686); Erwerb durch Erbschaft (§§ 1922, 1942, 2096, 2100) und durch Nacherbfolge (§§ 2016, 2139) sowie Übertragung des Anteils eines Miterben am Nachlasse (§ 2033, vgl. OLG 4, 189; 5, 426), während unter § 873 fällt der Erwerb auf Grund eines Vermächtnisses (§ 2174), eines Vorausvermächtnisses (§ 2150), eines Erbschaftskaufs von dem Alleinerben (§ 2374), sowie auf Grund einer Teilungsanordnung (§ 2048). Fernere Fälle nach Reichsrecht außerhalb des BGB: Rechtserwerb durch

Pfändung sowie durch Überweisung einer Briefhypothek oder Briefgrundschuld an Zahlungs Statt (§§ 830, 837, 857 Abs 6 ZPO); Erwerb eines Grundstücks durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung (§§ 90, 130 ZVG, § 870 ZPO); Übergang des Grundeigentums nach Maßgabe der §§ 1 ff., 41 des RGes. v. 21. 12. 71 (Festungsrayon), des § 14 Abs 3 des RGes. v. 13. 6. 73 (Festungswerke), des § 1 des RGes. v. 25. 5. 73 (Gegenstände zum dienstlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung). Weitere Fälle nach Landesrecht gemäß Vorbehalten für die Landesgesetzgebung im EG: Artt 59 (Fideikommiß-, Lehnsfolge), 62 (Rentengüter; vgl. KGJ 47, 162: die Rentengutsbildung nebst Übernahme einer Rentenbankrente nach der preußischen Rentengutsgesetzgebung hat dingliche Wirkung auch gegenüber dem Besitznachfolger), 64 (Erwerb auf Grund Anerbenrechts), 65 (Erwerb von Anlandungen, Inseln, Flußbetten), 67 (Grundabtretung für Bergbau), 109 (Enteignung), 112 (Veräußerung und Belastung von Privat- und Kleinbahnen), 113 (Zusammenlegung bei Gemeinheitsteilungen), 126 (Übertragung von Grundeigentum des Staates, eines Kommunalverbandes), 127 (buchungsfreie Grundstücke). — Fälle der **nicht auf Rechtsgeschäft beruhenden Rechtsänderungen, die der Eintragung bedürfen,** nach BGB sind: Tabularersitzung (§ 900); Eigentumserwerb des Eigenbesitzers nach der im Aufgebotsverfahren erfolgten Ausschließung des eingetragenen Eigentümers (§ 927); Erwerb des Eigentums an einem von dem Eigentümer aufgegebenen Grundstücke durch den Anfallberechtigten (§ 928, EG Art 129); Entstehung von Sicherungshypotheken an Grundstücken des Vormundes, Pflegers oder Beistandes auf Eintragungsersuchen des Vormundschaftsgerichts (§§ 1844, 1915, 1693; FGG § 54). Fernere Fälle nach Reichsrecht außerhalb des BGB: Entstehung der Zwangs- und Arresthypotheken (ZPO §§ 866 f., 932); Rechtserwerb durch Pfändung sowie durch Überweisung einer Buchhypothek, einer Buchgrundschuld, einer Reallast an Zahlungs Statt (ZPO § 830 Abs 1 Satz 3, § 837 Abs 1 Satz 2, Abs 2, § 857 Abs 6); Ersetzung der Willenserklärung des Berechtigten durch Urteil (ZPO §§ 894 ff.); Entstehung der auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts einzutragenden Sicherungshypotheken für die Forderungen der Realberechtigten gegen den Ersteher eines zwangsversteigerten Grundstücks (ZVG § 128 Abs 3). Ein weiterer Fall nach Landesrecht gemäß einem Vorbehalte für die Landesgesetzgebung im EG: Entstehung einer Sicherungshypothek für den Fiskus, eine Körperschaft usw. an Grundstücken des Schuldners auf behördliches Ersuchen (Art 91 EG). — Von den rechtsgeschäftlichen Verfügungen behandelt § 873 auch nur die Übertragung und die Neubegründung von Rechten an Grundstücken und von Rechten an solchen Rechten. Über die Aufhebung und die Änderung des Inhalts solcher Rechte treffen die §§ 875—877 und über die Änderung des Ranges § 880 Bestimmung.

2. Der Ausdruck **Übertragung** ist nicht vollkommen zutreffend gewählt. Nach dem Sprachgebrauche des BGB braucht die Übertragung nicht immer eine rechtsgeschäftliche zu sein. Bei Forderungen und andern Rechten unterscheidet das BGB zwischen Übertragung durch Vertrag (§§ 398, 413) und Übertragung kraft Gesetzes (§ 412), und Art 126 EG enthält einen Vorbehalt für die Übertragung von Grundeigentum „durch Landesgesetz". Im § 873 jedoch ist unter „Übertragung" nur eine **rechtsgeschäftliche** Übertragung zu verstehen. Dies ergibt sich von selbst aus dem für die Übertragung aufgestellten Erfordernisse der Einigung. Danach scheiden die Übertragungen des Eigentums oder eines sonstigen Rechtes an einem Grundstücke, die auf einer nicht rechtsgeschäftlichen Grundlage, insbesondere kraft Gesetzes, erfolgen, von der Anwendung des § 873 aus. Über die einzelnen Fälle derartiger Übertragungen vgl. A 1. Anderseits aber findet § 873 auch Anwendung auf solche Fälle, in denen es sich zwar nicht um eine freiwillige Veräußerung handelt, jedoch auch nicht ein unmittelbarer Rechtsübergang kraft Gesetzes stattfindet, sondern das Gesetz nur einen (schuldrechtlichen) Anspruch auf Übertragung gewährt. Solche Fälle gesetzlicher Titel auf Rechtsübertragung sind gegeben: bei der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft, einer Gesellschaft, einer ehelichen Gütergemeinschaft, einer Erbengemeinschaft (§§ 752 ff.; § 731; §§ 1477 Abs 1, 1498, 1546; § 2042); beim Grenzüberbau (§ 915); bei Behebung einer Grenzverwirrung (§ 920); bei einem Vermächtnisse oder Vorausvermächtnisse (§§ 2174, 2150). Es vollzieht sich also auch in diesen Fällen die Rechtsübertragung durch Einigung und Eintragung, und zwar im Falle der Übertragung von Eigentum an Grundstücken durch Einigung in der Form der Auflassung. Vgl. hierüber § 925 A 2. — Voraussetzung für die Übertragung ist die Übertragbarkeit. Von den Rechten an einem Grundstücke sind nicht übertragbar: die Grunddienstbarkeit (§ 1018) sowie das Vorkaufsrecht und die Reallast, sofern diese als subjektiv-dingliche Rechte bestellt sind (§§ 1094 Abs 2, 1103 Abs 1, 1105 Abs 2, 1110), da sie ihrer Natur nach nicht von dem berechtigten Grundstücke getrennt werden können; ferner nach positiver Vorschrift: der Nießbrauch (§ 1059 Satz 1), die beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1092 Satz 1), das subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht, sofern nicht ein anderes bestimmt ist (§§ 514, 1098). Wegen Zulässigkeit der Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit vgl. § 1059 Satz 2, § 1092 Satz 2 und wegen der beschränkten Übertragbarkeit der subjektiv-persönlichen Reallast vgl. § 1111 Abs 2. Bei Hypotheken und Grundschulden kann gemäß §§ 399, 413 die Übertragbarkeit vertraglich ausgeschlossen werden.

3. Über den Begriff des **Eigentums** vgl. § 903 A 1. Die zur Übertragung erforderliche Einigung muß, wenn sie Grundeigentum zum Gegenstande hat, in der Form der Auflassung (§ 925) erfolgen. — Das Eigentum an einer Sache kann mehreren zustehen. Ein solches Eigentum mehrerer ist entweder Miteigentum nach Bruchteilen (§§ 1008—1011) oder (ungeteiltes) Eigentum zur gesamten Hand, wie bei der Gesellschaft, der ehelichen Gütergemeinschaft, der Erbengemeinschaft. Im ersteren Falle kann jeder Miteigentümer gemäß § 747 über seinen Anteil verfügen, während in den letzteren Fällen nach §§ 719, 1442, 2033 Einzelverfügungen der Teilhaber ausgeschlossen sind.

4. Eine Begriffsbestimmung für **Grundstück** enthält das BGB nicht. Die GBO bestimmt im § 2 Abs 2, daß die Bezeichnung der Grundstücke nach einem amtlichen Verzeichnisse erfolgt, dessen Einrichtung durch landesherrliche Verordnung bestimmt wird, im § 3, daß jedes Grundstück ein besonderes Grundbuchblatt erhält, in §§ 4, 86, daß über mehrere Grundstücke desselben Eigentümers unter gewissen Voraussetzungen ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt geführt werden kann, und im § 6, daß im Falle der besonderen Belastung eines Grundstücksteils dieser von dem Grundstück abgeschrieben und als selbständiges Grundstück eingetragen werden soll. Daraus ist zu folgern, daß als ein einheitliches selbständiges Grundstück im Sinne des BGB ein gegen andere Teile räumlich abgegrenzter solcher Teil der Erdoberfläche anzusehen ist, der im Grundbuche eine besondere Stelle hat und als selbständiges Grundstück gebucht ist, sei es für sich allein auf einem besonderen Grundbuchblatte oder auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt unter einer besonderen Nummer im Verzeichnisse der Grundstücke (**RG** 84, 270; JW 1910, 60[1]; OLG 21, 404; RJA 11, 233; KGJ 37 A 209; 49, 233; vgl. **RG** 68, 25); nicht etwa, wie nach § 787 Abs 1 E I, jede Fläche, die in dem amtlichen Verzeichnisse, das nach Reichsrecht auf einer Vermessung und Kartierung der Erdoberfläche überhaupt nicht zu beruhen braucht, unter einer besonderen Nummer eingetragen ist. Es kann ein einheitliches Grundstück aus mehreren solchen Flächen (Parzellen) zusammengesetzt sein und anderseits ein selbständiges Grundstück aus nur einer solchen Fläche (Parzelle) bestehen, sofern im ersteren Falle die mehreren Flächen im Grundbuche zu einem Grundstücke zusammengefaßt sind (OLG 21, 405) und im letzteren Falle die einzelne Fläche durch Zuweisung einer gesonderten Stelle sich im Grundbuche als ein für sich allein bestehendes Grundstück darstellt. — Anderseits sind mehrere Grundflächen, die zwar auf dem nämlichen Grundbuchblatt eingetragen, aber unter besonderen Nummern gebucht und mit einem Kennzeichen der Selbständigkeit versehen sind, als mehrere selbständige Grundstücke zu erachten; wie auch mehrere Grundstücke nicht durch Eintragung auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatte ihre Selbständigkeit verlieren, sofern nicht gemäß § 890 sie miteinander vereinigt werden oder das eine dem andern zugeschrieben wird (vgl. KGJ 23 A 221; 49, 235; OLG 8, 300). Nicht ist für die Frage, ob mehrere auf einem Grundbuchblatt eingetragene Grundflächen ein einheitliches Grundstück bilden oder mehrere selbständige Grundstücke sind, maßgebend, ob sie wirtschaftlich ein Ganzes bilden oder je für sich bestehen, noch, ob sie räumlich voneinander getrennt sind oder in räumlichem Zusammenhange miteinander stehen (OLG 21, 405; KGJ 49, 234). — Sind Flächen im Grundbuche nicht eingetragen, so wird die Frage, ob sie alle zusammen als ein einheitliches Grundstück oder ob sie im Verhältnisse zueinander je als selbständige Grundstücke anzusehen sind, aus der natürlichen Lage, dem wirtschaftlichen Zusammenhange und der Zugehörigkeit von alters her zu entscheiden sein.

Grundstücksbestandteile teilen hinsichtlich der Verfügungen, insbesondere auch hinsichtlich der Eigentumsübertragung und der Belastung, das rechtliche Schicksal des ganzen Grundstücks, und zwar die wesentlichen (§ 93) unbedingt, die nicht wesentlichen immer dann, wenn sie nicht von der Verfügung ausgenommen worden sind (vgl. § 926 A 3). Als wesentliche Bestandteile des Grundstücks kommen hier besonders in Betracht die mit dem Grund und Boden fest und dauernd verbundenen Gebäude sowie die Erzeugnisse, solange sie mit dem Boden zusammenhängen (§ 94 Abs 1 Satz 1, § 95). Da sie nach § 93 nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, unterliegen sie der Verfügung nur zusammen mit dem Grundstücke. Es kann daher z. B. das Eigentum an einem solchen Gebäude oder an einem Walde für sich allein ohne das Grundstück nicht übertragen noch sonst ein dingliches Recht daran besonders bestellt werden (vgl. hierüber § 93 A 7). Voraussetzung für die Bestandteilseigenschaft ist aber (abgesehen von dem Fall des § 95, s. dort A 1), daß die genannten Gegenstände auf einer Fläche stehen, die ein Teil des Grundstücks ist. Greift z. B. ein Gebäude auf ein anderes Grundstück hinüber, so ist der hinüberreichende Teil nicht Bestandteil des diesseitigen Grundstücks (vgl. hierüber § 94 A 3, § 921 A 1). Ein einzelner (realer) Grundstücksteil ist nicht wesentlicher Bestandteil des ganzen Grundstücks, da er von diesem getrennt werden kann, ohne daß der eine oder der andere Teil in seinem Wesen als Teil der Erdoberfläche verändert wird (§ 93). Daher kann ein solcher Flächenteil des Grundstücks für sich allein veräußert und auch besonders belastet werden (s. § 93 A 6). Über die Buchung in diesen Fällen vgl. die §§ 3, 4, 6, 49 GBO. Ein (ideeller) Bruchteil eines Grundstücks kann ein besonderes Grundbuchblatt nicht erhalten, weil er für sich nicht ein Grundstück, eine Bodenfläche ist (vgl.

RJA 4, 231). Da nach BGB das Anteilrecht des Miteigentümers einer Sache auch Sacheigentum ist, erfolgt die Veräußerung und Belastung eines Grundstücksbruchteils nach den für Grundstücke geltenden Vorschriften (vgl. § 925 A 4). Mit Vorkaufsrecht, Reallast und hypothekarischen Rechten ist er aber nur belastbar, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht (§§ 1095, 1106, 1114, 1192, 1199).

Zubehör eines Grundstücks können nach § 97 Abs 1 Satz 1 nur bewegliche Sachen, nicht (wie nach früherem preußischen Recht) Grundstücke sein. Daher kann ein Grundstück nicht einem andern als Zubehör zugeschrieben werden (RG JW 1910, 60[1]); vielmehr ist nur die Zuschreibung als Bestandteil zulässig (§ 890). Über die Rechtsstellung des Zubehörs zum Grundstücke im Falle der Verfügung enthält das BGB keine allgemeine Vorschrift. Sonderbestimmungen geben die §§ 926, 1031, 1093, 1096, 1120. — Wegen der Rechte, die den Grundstücken hinsichtlich der Verfügung darüber gleichgestellt sind, vgl. § 903 A 2.

5. Belastung eines Grundstücks. Belastung ist nach dem Sprachgebrauche des BGB Begründung eines (im Verhältnis zum Eigentumsrechte beschränkten) dinglichen Rechtes an einem fremden Gegenstande. Diese Begründung kann durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäft erfolgen. Im § 873 ist aber unter „Belastung", ebenso wie unter „Übertragung" (s. A 2), nur eine **auf Rechtsgeschäft beruhende** zu verstehen; dies ergibt sich auch hier daraus, daß im § 873 zur Entstehung der Belastung eine Einigung erfordert wird, während die auf Gesetz beruhenden Belastungen einer Einigung zur Entstehung nicht bedürfen. Die letzteren Belastungen, die in A 1 unter den nicht rechtsgeschäftlichen Rechtsänderungen mit aufgeführt sind (§§ 912 ff., 917, 1075, 1287, 1363, 1649, 1686 BGB; §§ 830, 875 Abs 6, 867, 932 ZPO; § 128 ZVG; Art 91 EG), scheiden daher hier aus. — Ferner kommen hier nicht in Betracht die gesetzlichen Nachbarrechte (§§ 906—909; Art 124 EG), da sie nicht Belastungen im Sinne des BGB sind, sondern sich als gesetzliche Einschränkungen des Eigentumsrechts darstellen (vgl. OLG 1, 380, Vorbem 2). — Die Rechtsverhältnisse der auf öffentlichrechtlichen Titeln beruhenden Lasten (Grundsteuer, gemeine Lasten usw.) bestimmen sich nach Landesrecht, da das öffentliche Recht vom BGB überhaupt nicht berührt wird. Sie können in das Grundbuch nur dann eingetragen werden, wenn die Eintragung landesrechtlich zugelassen ist (vgl. RG 59, 400; 70, 81; OLG 16, 182; 21, 411). — Dagegen fallen unter § 873, so daß Einigung und Eintragung zur Rechtsbegründung notwendig ist, auch hier wie bei der Übertragung (s. A 2), diejenigen Fälle, in denen eine Belastung nicht kraft Gesetzes unmittelbar entsteht, sondern das Gesetz nur einen (schuldrechtlichen) Anspruch auf Bestellung des Rechtes am Grundstücke gibt; so z. B. der Fall des § 648, wonach der Bauunternehmer die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers verlangen kann. Ferner ist auch hier (s. A 1, 2) hervorzuheben, daß, wenn durch letztwillige Anordnung dem Erben eine Belastung (an einem Nachlaßgrundstücke oder an einem zum Nachlasse gehörigen Rechte an einem Grundstücke) zugunsten eines Vermächtnisnehmers auferlegt wird, dem letzteren nur ein Anspruch auf Bestellung des Rechtes (z. B. des Nießbrauches) zusteht (§§ 2174, 2150) und daher zur Begründung des Rechtes gemäß § 873 Einigung zwischen dem Erben und Vermächtnisnehmer über die Bestellung des Rechtes und Eintragung erforderlich ist. Vgl. auch § 925 A 2. — § 873 umfaßt neben dem Falle der Belastung des Grundstücks selbst auch den der **Belastung eines Rechtes an einem Grundstück** (der Belastung einer Belastung). In letzterer Hinsicht ist zur Belastung die Übertragbarkeit des zu belastenden Rechtes erforderlich (s. A 2 a. E.). Deshalb können als belastungsfähige Rechte an Grundstücken im wesentlichen nur die Reallasten, Hypotheken und Grundschulden in Betracht kommen. Und als zulässige Belastungen eines Rechtes sind im BGB nur Nießbrauch und Pfandrecht anerkannt. Diese werden gemäß §§ 1069, 1080, 1274, 1291 nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften rechtsgeschäftlich bestellt. Jedoch das Erbbaurecht (früher §§ 1012, 1017, jetzt VO v. 15. 1. 19) und die andern den Grundstücken gleichgestellten Rechte (s. § 903 A 2) können ebenso wie die Grundstücke selbst belastet werden, so daß an ihnen nicht nur Nießbrauch, sondern auch die andern nach BGB zulässigen (s. A 6) Grundstücksbelastungen, insbesondere Grunddienstbarkeiten und Hypotheken, bestellt werden können.

6. Der Kreis der dinglichen **Rechte, mit denen ein Grundstück belastet werden kann,** ist ein geschlossener. Andere als die vom BGB zugelassenen dinglichen Rechte können, selbst wenn sie nach früherem Rechte zulässig waren, unter der Herrschaft des BGB auch durch Einigung und Eintragung an einem Grundstücke nicht rechtswirksam begründet werden. Ebensowenig können die zugelassenen dinglichen Rechte mit einem andern Inhalt bestellt und in das Grundbuch eingetragen werden, als mit dem Inhalt, der im Gesetz bestimmt ist. Vgl. hierüber Vorbem 2. Die zugelassenen Rechte sind: Erbbaurecht (s. A 5), Dienstbarkeiten (§§ 1018, 1030, 1090), Vorkaufsrecht (§ 1094), Reallast (§ 1105), Hypothek, Grund-, Rentenschuld (§§ 1113, 1191, 1199). Über nicht als dingliche zugelassene und daher auch nicht eintragungsfähige Rechte vgl. Vorbem 2. Hinzuzufügen ist, daß auch die Bestellung eines Besitz- und Nutzungspfandrechts (Anti-

chrese) an Grundstücken mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen ist, da das BGB ein solches Recht an Grundstücken (vgl. dagegen bezüglich beweglicher Sachen §§ 1213, 1214) nicht erwähnt (RG 48, 63; OLG 1, 261; RJA 3, 216). Der Zweck des Nutzungspfandrechts kann aber im wesentlichen durch Bestellung eines Nießbrauchs erreicht werden (vgl. RG 68, 10; RJA 3, 216). Jedoch darf der Nießbrauch nicht mit den dem Wesen dieses Rechtes nach BGB widerstreitenden Merkmalen des Nutzungspfandrechts ausgestattet werden, da auch der Inhalt der zugelassenen dinglichen Rechte gesetzlich festgelegt ist (RJA 3, 216). Zulässig ist dagegen, daß zwischen den Vertragschließenden Rechte und Pflichten entsprechend dem Nutzungspfandrechte mit schuldrechtlicher Bindung festgesetzt werden, da auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse Vertragsfreiheit besteht. Ein schon vor Inkrafttreten des BGB rechtswirksam begründetes Nutzungspfandrecht bleibt gemäß Art 184 EG auch nach diesem Zeitpunkt bestehen, da es ein aus Pfandrecht und beschränktem Nutzungsrecht zusammengesetztes Recht an fremder Sache ist (RG 47, 56; OLG 1, 261). — Auch sonstige Rechte an einem Grundstücke, die unter der Herrschaft des BGB nicht mehr begründet werden könnten, die aber schon vor *Inkrafttreten des BGB* als dingliche Rechte begründet worden sind, bleiben gemäß Art 184 EG bestehen, und ferner haben die Rechte, die nach früherem Recht auch ohne Eintragung mit Wirkung gegen Dritte begründet werden konnten und nicht eingetragen worden sind, insbesondere auch solche, die sich *auf die den Landesrechten vorbehaltenen Rechtsgebiete* beziehen (Artt 62, 64, 65, 67—69, 73, 74, 196 EG), ihre Geltung durch Inkrafttreten des die Eintragung erfordernden BGB nicht verloren (RG 55, 315; 56, 13; 63, 6; 66, 30); handelt es sich jedoch um Rechte, die zwar ohne Eintragung dingliche waren, aber schon nach früherem Recht (z. B. nach § 12 Abs 1 PrEG v. 5. 5. 72) zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedurften (z. B. die Lehnsabfindungen nach der preußischen Gesetzgebung über die Auflösung des Lehnsverbandes), so müssen sie unter der Herrschaft des BGB zur Eintragung gebracht werden, wenn sie Wirksamkeit gegen dritte Erwerber haben sollen (RG 66, 28; 87, 171; JW 04, 228[1]; vgl. § 892 A 3). Die Übertragbarkeit und Belastbarkeit solcher Rechte gehören zu ihrem Inhalte. Daher richten sie sich gemäß Art 184 EG, soweit die Rechte nicht überhaupt schon den vorbehaltenen Landesrechten angehören, nach bisherigem Recht. Dagegen ist für die Übertragung und die Belastung selbst, abgesehen von den den vorbehaltenen landesrechtlichen Rechtsgebieten angehörigen Rechten, das BGB, also auch § 873, maßgebend (RG 59, 292). Anderes bestimmt Art 189 EG für den Fall, daß das Grundbuch noch nicht angelegt ist. Handelt es sich um eine Grunddienstbarkeit, die nach früherem Recht ohne Eintragung begründet werden konnte, und ist das Grundbuch angelegt, das Recht aber nicht eingetragen, so kann nach Art 187 Abs 1 EG Eintragung des Rechtes verlangt werden.

7. **Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung.** Sie ist das erste Erfordernis für die rechtsgeschäftliche Änderung der Rechte an Grundstücken, insbesondere also für die Übertragung des Eigentums und die Bestellung sowie die Übertragung und Belastung beschränkter dinglicher Rechte. Ist sie unter den Beteiligten nicht zustande gekommen, so tritt die Rechtsänderung nicht ein (s. unten b). Eine Einigung wird auch bezüglich beweglicher Sachen im § 929 für die Übertragung des Eigentums, im § 1032 für die Bestellung eines Nießbrauchs, im § 1205 für die Bestellung eines Pfandrechts erfordert, sowie im § 1260 für die Bestellung des Pfandrechts an einem Schiffe. Vgl. auch über Besitzerwerb durch Einigung § 854 Abs 2. — Die Einigung ist, wie mit der herrschenden Meinung anzunehmen ist, ein für sich bestehender, *abstrakter Vertrag*, der lediglich die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsänderung in bezug auf eine Sache zum Gegenstande hat (sog. dinglicher Vertrag, M 3, 172; RG 48, 135; 50, 82; 52, 114; 66, 99; 89, 371). Das Wesen eines *Vertrags* hat sie deswegen, weil die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der als Verfügende und Erwerbende sich gegenüberstehenden Beteiligten auf Erreichung eines gemeinsamen rechtlichen Zweckes gerichtet sind und derart in Wechselbeziehung zueinander stehen, daß sie sich gegenseitig bedingen (vgl. RG 50, 82; 63, 184; 66, 389; 68, 99; 89, 371; RJA 2, 85; 3, 263; KGJ 37 A 284). Allerdings unterscheidet sich dieser Vertrag von den regelmäßigen Verträgen auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse darin, daß er nicht auf die Erzeugung einer Verpflichtung, eines Anspruchs, sondern unmittelbar auf Begründung oder Änderung eines dinglichen Rechtes gerichtet ist. Aber zum Begriffe eines Vertrags gehört es nach dem BGB nicht, daß er die Begründung einer Verpflichtung zum Inhalte hat; nur für die gemäß § 305 durch Vertrag zu begründenden Schuldverhältnisse gibt das BGB im § 241 die Begriffsbestimmung, daß sie einen Anspruch auf Leistung gewähren. Der Vertragsbegriff ist nach dem BGB überhaupt nicht auf das Gebiet der Schuldverhältnisse beschränkt, vielmehr gibt es z. B. auch familienrechtliche, erbrechtliche Verträge. Nur das ist zum Begriffe des Vertrags zu erfordern, daß die Willenserklärungen der Beteiligten sich auf Bewirkung eines rechtlichen Erfolgs vereinigen. Dies ist aber bei der (dinglichen) Einigung der Fall. — Wie ferner auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse z. B. das Schuldversprechen, das Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781), die Übertragung einer Forderung, der Erlaß, die Schuldübernahme, die Ausstellung eines Wechsels abstrakt sind, so ist auch die

Einigung **abstrakt**, weil sie auf sich selbst gestellt ist und unabhängig von dem Rechtsgeschäfte, das den ihre Vornahme veranlassenden Rechtsgrund bildet, rechtliches Dasein hat.

a) Aus der **Vertragsnatur der Einigung** folgt, daß sämtliche Vorschriften des Abschnitts I des Allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte, auch die über den Vertrag (§§ 145 ff.), auf die Einigung Anwendung zu finden haben (**RG** 66, 99; KGJ 51, 152). Dies gilt jedoch natürlich nur insoweit, als sich nicht aus den besonderen Bestimmungen über die Einigung etwas Abweichendes ergibt. Eine solche Sonderbestimmung ist z. B. § 873 Abs 2, wonach die Beteiligten vor der Eintragung an die Einigung nur unter den dort bestimmten Voraussetzungen gebunden sind. Danach sind die Vorschriften der §§ 145—152, betreffend den Vertragsantrag und die Annahmeerklärung, insoweit nicht anwendbar, als sie bezüglich der Gebundenheit anderes wie Abs 2 § 873 bestimmen. Vgl. hierüber A 13 „Einigungserklärungen beider Teile". Im übrigen ist bezüglich der **Anwendung** der genannten **allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte** folgendes hervorzuheben: Im Falle der Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten ist die Einigung nichtig (§§ 104, 105, vgl. **RG** 72, 65). Desgleichen wenn die Einigung nur zum Schein oder nicht ernstlich erklärt wird (§§ 116 Satz 2, 117, 118, vgl. **RG** 78, 371; JW 02 Beil 202; OLG 23, 323). Ferner kann die Einigung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung anfechtbar und zufolge geschehener Anfechtung nichtig sein (§§ 119, 123, 142; vgl. **RG** 66, 389; 69, 13; 70, 55; 89, 32; 89, 157; Gruch 59, 901). Besonders wichtig ist in dieser Hinsicht der Irrtum über den Gegenstand der Einigung, namentlich bei der Auflassung. Vgl. hierüber § 925 A 6. Dagegen kann die Einigung ihrer Natur nach nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs 1) nichtig sein, da sie lediglich eine Rechtsänderung zum Gegenstande hat und ein solcher Inhalt eines Rechtsgeschäfts unter keinen Umständen sittenwidrig erscheinen kann; auch ist unter einem nach § 138 Abs 1 nichtigen Rechtsgeschäft nur ein solches zu verstehen, das nach seinem sich aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtcharakter den guten Sitten zuwiderläuft (s. § 138 A 1), nicht dagegen schon ein solches, das nur aus einem gegen die guten Sitten verstoßenden Grunde oder zu einem gegen die guten Sitten verstoßenden Zwecke getätigt wird (**RG** 63, 179; 75, 68; 78, 285; JW 1911, 317[2]; 1912, 853[4]; 1913 S. 540[3], 682[1]; a. M. OLG 11, 303; 13, 321; SeuffA 65 Nr 217). Insbesondere sind dingliche Erfüllungsgeschäfte, wie Eigentumsübertragung, Hypothekbestellung, Hypothekabtretung, nicht deswegen gegen die guten Sitten verstoßend und daher nichtig, weil das schuldrechtliche Grundgeschäft, zu dessen Erfüllung sie getätigt werden, gegen die guten Sitten verstößt. Dies wird bestätigt durch § 817. Verstößt das Grundgeschäft gegen die guten Sitten, so ist damit auch der Zweck der Leistung, also des in Erfüllung des Grundgeschäfts vorgenommenen abstrakten Rechtsgeschäfts der Einigung, in der Weise bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen die guten Sitten verstößt. Dies aber begründet nach § 817 Satz 1 nicht die Nichtigkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts, sondern nur eine Verpflichtung des Empfängers der Leistung zu deren Herausgabe, eine Verpflichtung, die nach § 817 Satz 2 überdies wegfällt, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, was bei der Leistung zur Erfüllung eines gegen die guten Sitten verstoßenden Grundgeschäfts regelmäßig ebenfalls zutrifft (st.; **RG** 75, 74; 78, 285; JW 1911, 317[2]; 1912, 853[4]; 1913, 682[1]; Warn 1912 Nr 243; Gruch 59, 901; **RG**St 46, 240; JW 07, 548[1]; a. M. OLG 11, 303; 13, 321; vgl. auch **RG** Gruch 57, 917, wo angenommen ist, es könne auch ein abstraktes Rechtsgeschäft im einzelnen Falle zufolge seiner von den Parteien gewollten Bedingtheit von der rechtlichen Wirksamkeit des Kausalgeschäfts wegen Unsittlichkeit nichtig sein; wenn aber die Setzung einer solchen Bedingung zum Ausdruck gelangt ist, dann ist wegen Eintritts der Bedingung die Einigung hinfällig [s. unten], nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, auch konnte in dem betreffenden, eine Sicherungsübereignung betreffenden Falle angenommen werden, daß in Wahrheit eine Übereignung nicht gewollt sei). Über die Ausnahme beim Wucher (§ 138 Abs 2) und über die Möglichkeit und die Folgen einer in einer Einigung liegenden Leistung zu einem sittenwidrigen Zweck (§ 817) vgl. die Ausführungen bezüglich der Auflassung in § 925 A 6, die in gleicher Weise auch für andere Gegenstände der Einigung zu gelten haben (s. über wucherische Hypothekbestellung **RG** JW 06, 786[3]; 1913, 540[3] und über Anwendung des § 817 bei Hypothekabtretung **RG** JW 1913, 682[1]). — Ist die Einigung aus einem der vorbezeichneten oder aus einem sonstigen Grunde nichtig, so tritt die gewollte Rechtsänderung nicht ein, mag auch der zur Rechtsänderung weiter erforderliche Tatumstand der Eintragung (in das Grundbuch oder in das Schiffsregister, § 1260 Abs 1) oder der Übergabe hinzugetreten sein (**RG** 70, 356; 78, 371; 80, 317; 89, 157; JW 1912, 296[15]; KGJ 51, 153). Der Passivbeteiligte kann z. B. mit der Eigentumsklage die zum Eigentum übertragene Sache, auch von einem Dritten, herausverlangen sowie im Falle bewirkter Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch (bei Grundstücken) Berichtigung des Grundbuchs mit der dinglichen Klage aus § 894 verfolgen (**RG** JW 1912, 296[15]), es sei denn, daß, wenn die Ansprüche gegen einen Dritten erhoben werden, dieser sich auf Rechtserwerb im guten Glauben (§§ 892, 932) berufen kann. Ferner

können nicht nur die Beteiligten, sondern auch Dritte geltend machen, daß die Rechtsänderung nicht eingetreten sei, sowie im Falle der Eintragung, wenn sie dadurch beeinträchtigt werden, ebenfalls Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 verlangen. Ist inzwischen über das Vermögen des Aktivbeteiligten der Konkurs eröffnet worden, so kann im Falle der Eigentumsübertragung von dem Passivbeteiligten Aussonderung (§ 43 KO) verlangt werden (vgl. **RG** 66, 389). Gegen die Wirkung gutgläubigen Erwerbs Dritter gewährt in den Fällen der Rechtsänderung gemäß § 873 die Eintragung eines Widerspruchs in das Grundbuch (§ 899) Schutz. Bezüglich des Schiffspfandrechts vgl. § 1263 Abs 2 BGB, §§ 119, 122, 123 FGG. Ist jedoch die Einigung nur anfechtbar, so setzt die Eintragung des Widerspruchs die geschehene Anfechtung voraus, da bis dahin die Einigung nicht nichtig und also auch das Grundbuch bezüglich der betreffenden Eintragung nicht unrichtig ist. Bezüglich beweglicher Sachen vgl. wegen anfechtbarer Rechtsänderung § 142 Abs 2 und OLG 10, 137. — Ferner ergibt sich bei Anwendung des § 130, daß die erfolgte Einigung nicht dadurch unwirksam wird, daß einer der Beteiligten nach Abgabe seiner Erklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird. Es ist also trotz Eintritts dieser Tatsachen auf Antrag die Eintragung der Rechtsänderung (z. B. der Belastung des Grundstücks mit einer Hypothek trotz des inzwischen eingetretenen Todes des ihre Eintragung bewilligenden Eigentümers) vorzunehmen, und die Rechtsänderung ist dann rechtswirksam vollzogen. Wenn allerdings die Einigung nicht in der zur Bindung nach § 873 Abs 2 erforderlichen Form abgeschlossen war, kann sie noch von den Erben des verstorbenen bzw. dem gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähig gewordenen Beteiligten widerrufen werden. Vgl. bezüglich Eintritts der Tatsachen zwischen Auflassung und Eintragung § 925 A 5. Über den Fall, daß der Passivbeteiligte in der Zwischenzeit zwischen Einigung und Eintragung in der Verfügung beschränkt wird, vgl. § 878 u. § 925 A 5. — Eine Einigung kann auch unter einer Bedingung (z. B. Vorrangseinräumung, Abtretung einer Hypothek unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung) oder einer Zeitbestimmung (z. B. daß eine Hypothek zunächst dem einen und dann von einem gewissen Zeitpunkt ab dem andern Gläubiger zustehen soll) erfolgen (§§ 158, 163, vgl. **RG** 70, 248; 75, 248; 76, 90; JW 07, 747[18]; 11. 2. 11 V 98/10; s. ferner § 880 A 3). Eine Ausnahme besteht aber nach § 925 Abs 2 für die Auflassung. Vgl. hierüber § 925 A 14. — Ist das Recht desjenigen, der eine Rechtsänderung bewilligt (des Passivbeteiligten), zeitlich beschränkt, so wird mit dem Eintritt des Zeitpunktes, in dem das Recht des Passivbeteiligten aufhört, auch die Rechtsänderung (nach dem Grundsatz: resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum; vgl. §§ 158 Abs 2, 161 Abs 2, 163) hinfällig und das Grundbuch hinsichtlich der eingetragenen Rechtsänderung unrichtig; wenn z. B. dem eine Hypothek bestellenden Eigentümer nur als Vorerbe bis zu einem bestimmten Zeitpunkt das Eigentum an dem Grundstück zusteht, so hat der Eintritt des Nacherbenfalles (nach § 2113) die Folge, daß mit dem Eigentum des Hypothekbestellers auch die Hypothek erlischt, es sei denn, daß die Nacherben in die Hypothekbestellung eingewilligt haben (**RG** Warn 1914 Nr 126). — Die Beteiligten können sich bei Abgabe ihrer Einigungserklärungen durch Bevollmächtigte vertreten lassen (§§ 164 ff.). Über den Nachweis der Bevollmächtigung dem Grundbuchamte gegenüber vgl. § 925 A 11. Hat ein Vertreter die Erklärung ohne Vertretungsmacht abgegeben, so hängt die Wirksamkeit der Erklärung von der Genehmigung des Vertretenen ab (§ 177 Abs 1). Diese Genehmigung kann nach § 182 Abs 1 gegenüber dem Vertreter oder dem andern Teil oder, wenn dieser eine Aufforderung nach Maßgabe des § 177 Abs 2 erlassen hat, nur diesem gegenüber erfolgen (**RG** 89, 382); eine dem Grundbuchamte gegenüber erklärte Genehmigung genügt nicht (vgl. RJA 2, 86; 2, 189; KGJ 34 A 253; 36 A 199; a. M. RJA 4, 132). Die Genehmigung bedarf zur materiellen Wirksamkeit keiner Form; jedoch muß sie nach formellem Grundbuchrechte dem Grundbuchamte in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Vgl. in dieser Hinsicht das Nähere bezüglich der Auflassung § 925 A 7, 11, und s. ferner dort über Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst (§ 181). — Im übrigen ergibt sich aus § 181 sowie auch daraus, daß die Einigung begrifflich das Zusammenwirken mindestens zweier Personen voraussetzt, die Unzulässigkeit einer vom Passivbeteiligten oder von dessen gewillkürtem oder gesetzlichem Vertreter mit sich selbst als Aktivbeteiligten erklärten Einigung (z. B. kann: der Vertreter des Grundstückseigentümers nicht in dessen Namen eine Hypothek oder Grundschuld an dem Grundstück für sich selbst bestellen, **RG** 89, 371; KGJ 37 A 284; 47, 148; ein Nießbrauch nicht an eigener Sache oder eigenem Recht von dem Eigentümer bzw. Berechtigten für sich selbst bestellt werden, KGJ 51, 291, auch nicht an eigener verzinslicher Hypothek bei Abtretung dieser an einen andern, § 1158 A 3; der Vater die Auflassung seines Grundstücks an sein minderjähriges Kind nicht zugleich als gesetzlicher Vertreter des Kindes entgegennehmen [es bedarf vielmehr der Bestellung eines Pflegers, auch wenn die Auflassung schenkungsweise erfolgt, da mit dem Eigentumserwerb auch Verpflichtungen verbunden sind], KGJ 45, 237; ein Eigentümer zweier Grundstücke nicht eine Grunddienstbarkeit mit einem Grundstücke zugunsten des andern bestellen, **RG** 47, 209; RJA 1, 167; OLG 29, 348; vgl. aber KGJ 40 A 244, wo die Be-

stellung der genannten Grunddienstbarkeit nur wegen des Grundsatzes nulla res sua servit für unzulässig erklärt, im übrigen angenommen wird, eine Einigung gemäß § 873 sei nur beim Vorhandensein zweier beteiligter Personen, des Berechtigten und des Erwerbers, erforderlich). Über Unzulässigkeit der Rangänderung zwischen zwei Rechten, die dem nämlichen Berechtigten zustehen, durch einseitige Bestimmung des Berechtigten vgl. § 880 A 3. Jedoch gelten nach ausdrücklicher Vorschrift die Ausnahmen, daß der Eigentümer für sich selbst eine Grundschuld bestellen (§ 1196, vgl. RJA 4, 120) und daß die gemeinschaftliche Sache zugunsten eines Miteigentümers belastet werden kann (§ 1009). — Über gesetzliche Vertretung und den Nachweis der betreffenden Vertretungsmacht vgl. die Ausführungen bezüglich der Auflassung in § 925 A 11, die in gleicher Weise auch in allen übrigen Fällen gelten, in denen auf Grund einer Einigung eine Rechtsänderung einzutragen ist. — Hat bei der Einigung ein Nichtberechtigter die verfügende Erklärung als Passivbeteiligter abgegeben, so kann die Einigung unter den Voraussetzungen des § 185 Abs 2 wirksam werden. Vgl. hierüber A 8 hier. — Den Vorschriften über Verträge auf dem Gebiete des Rechtes der Schuldverhältnisse unterliegt der dingliche Vertrag nicht, soweit nicht im dritten Buche des BGB besonders auf sie Bezug genommen worden ist; z. B. finden die §§ 328 ff., betreffend Verträge zugunsten Dritter mit der Wirkung unmittelbaren Rechtserwerbs dieser, auf den dinglichen Vertrag keine Anwendung (**RG** 66, 99; KGJ 43, 229; OLG 14, 102).

b) Aus der **abstrakten Natur der Einigung** folgt, daß **ihr rechtlicher Bestand an sich unabhängig** ist **von dem Bestande** des für sie den Anlaß gebenden **Grundrechtsgeschäfts.** Wiewohl diesem gegenüber die Einigung das Erfüllungsgeschäft ist (vgl. **RG** 57, 96; JW 02 Beil 194; 08, 270[3]; Gruch 51, 987), bewirkt insbesondere die Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts nicht ohne weiteres auch die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts (vgl. **RG** 63, 185; 68, 100; 72, 64; 75, 74; JW 06, 736[3]; 1911, 317[2]; 1912, 853[4]; 1913, 682[1]; Gruch 60, 325; **RG**St JW 07, 548[1]; RJA 7, 56; 7, 278; KGJ 51, 178; vgl. **RG** Warn 1910 Nr 102). So kann z. B. das Grundrechtsgeschäft, weil es der für den betreffenden schuldrechtlichen Vertrag etwa vorgeschriebenen Form entbehrt, nichtig sein, während die Einigung, für die besondere Formregeln gelten (s. unten „Form") und der ein Formmangel nicht anhaftet, gültig ist (vgl. **RG** 50, 82; JW 1911, 653[25]). Oder es kann das Grundrechtsgeschäft wegen Geschäftsunfähigkeit eines Vertragsteils nichtig, die Einigung aber deswegen gültig sein, weil der betreffende Beteiligte inzwischen geschäftsfähig geworden ist (vgl. **RG** 72, 64), oder es kann der vom Inhaber der elterlichen Gewalt für das Kind geschlossene schuldrechtliche Vertrag auf Erwerb eines Grundstücks wegen Fehlens der erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nichtig sein, während die Entgegennahme der Auflassung solcher Genehmigung nicht bedarf (KGJ 51, 177). Auch wenn das Grundrechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt (§ 138), macht es nicht die Einigung aus sich heraus von selbst nichtig; die Einigung über eine Rechtsänderung kann überhaupt nicht sittenwidrig sein. Vgl. die Bem unter a. Es macht auch keinen Unterschied, ob das Grundrechtsgeschäft von vornherein nichtig war oder ob es erst zufolge Anfechtung, z. B. wegen Irrtums, arglistiger Täuschung, Drohung (§§ 119, 123, 142) nichtig geworden ist. Die Anfechtung des Grundrechtsgeschäfts ergreift nicht mit unbedingt notwendiger Folge auch die Einigung (**RG** 66, 389; 69, 16; 70, 57; JW 09, 308[1]). Ist daher in diesen oder in andern Fällen zwar das Grundrechtsgeschäft nichtig, die Einigung aber rechtswirksam, so ist trotz der Nichtigkeit jenes Grundgeschäfts die Rechtsänderung eingetreten (z. B. das Eigentum übertragen, der Nießbrauch bestellt, die Hypothek übertragen, ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache oder an einem Schiffe bestellt). Der Passivbeteiligte hat nur einen persönlichen Anspruch wegen grundloser Bereicherung (Kondiktion) auf Rückgängigmachung der Rechtsänderung (z. B. Rückübertragung des Eigentums, Bewilligung der Wiedereintragung des Passivbeteiligten) nach Maßgabe der §§ 812 ff. gegen den Aktivbeteiligten (**RG** 51, 422; 63, 185; 66, 389; JW 1913, 682[1]; RJA 7, 278). Selbst ein solcher Anspruch kann ausgeschlossen sein: gemäß § 814, wenn der Passivbeteiligte wußte, daß das Grundrechtsgeschäft nichtig und er daraufhin nicht zu der Leistung verpflichtet war; auch (im Falle beiderseitigen Verstoßes gegen die guten Sitten) gemäß § 817 (vgl. hierüber § 925 A 6). Ist inzwischen der Konkurs über das Vermögen des Aktivbeteiligten eröffnet, so kann der Passivbeteiligte nur als Konkursgläubiger einen Anspruch aus der Bereicherung gegen die Konkursmasse geltend machen (vgl. §§ 3, 69 KO). Dabei ist jedoch zu bemerken, daß hinsichtlich der Bestellung einer Hypothek insofern eine Ausnahme besteht, als im Falle der Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts die für eine Forderung aus diesem Rechtsgeschäfte bestellte Hypothek zwar an sich ebenfalls rechtsgültig ist, die Hypothek jedoch tatsächlich nicht für den Aktivbeteiligten entsteht, sondern wegen Nichtigkeit der Forderung gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 kraft Gesetzes zur Grundschuld des bestellenden Eigentümers wird (**RG** 63, 189; 66, 101). Dies gilt auch dann, wenn die Forderung wegen Unsittlichkeit des Grundrechtsgeschäfts (z. B. eines Verkaufs zum Zwecke des Bordellbetriebs, vgl. **RG** 63 S. 179, 346, 367; 64, 146; 68, 97; 71, 433; 75, 70; 78, 282; JW 06 S. 226[10], 763[3]; 1911, 317[2]; 1912, 853[4]; Warn 1912 Nr 243; Gruch

50, 927; 52, 1064) nichtig ist (RG 71, 435; JW 1911, 317[2]; 1912, 853[4]; 1913, 540[3]; Warn 1912 Nr 243). Der Aktivbeteiligte kann in diesem Falle die für ihn eingetragene Hypothek auch nicht im Klagewege geltend machen, da eben die Hypothek tatsächlich nicht ihm, sondern dem Eigentümer zusteht (RG 68, 97). — Im übrigen ist zu bemerken, daß, wenn das Grundrechtsgeschäft nicht nichtig, sondern nur *anfechtbar* ist, die vor geschehener Anfechtung erfolgte Einigung eine das Grundrechtsgeschäft unanfechtbar machende Bestätigung im Sinne des § 144 enthalten kann. Vgl. hierüber A 13 „klagbarer Anspruch aus der Einigung“. — Tritt ein Vertragsteil von dem schuldrechtlichen Grundvertrag mit der Folge zurück, daß das dadurch begründete Schuldverhältnis aufgehoben wird, so verliert die zur Erfüllung des Vertrags vorgenommene Einigung über eine Rechtsänderung nicht ihre Wirksamkeit, z. B. wird im Falle des Rücktritts von einem Kaufvertrage über ein Grundstück die daraufhin erfolgte Auflassung nicht mit dinglicher Wirkung hinfällig, vielmehr kann die Rechtsänderung nur nach Maßgabe der §§ 346ff. rückgängig gemacht werden (vgl. OLG 26, 37). — Anderseits jedoch ist zu beachten, daß die nämlichen Umstände, aus denen sich die Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts ergibt, auch bezüglich der Einigung in gleicher Weise wirkend vorliegen können. Ist dies der Fall, so ist *sowohl das Grundrechtsgeschäft als auch die Einigung nichtig*. Ein solcher Fall ist z. B. gegeben: wenn ein Beteiligter nicht nur beim Abschlusse des Grundrechtsgeschäfts, sondern auch noch bei der Einigung geschäftsunfähig ist (RG 72, 64); wenn Irrtum, Arglist, widerrechtlicher Zwang auch bei der Einigung obwaltet, was besonders dann vorliegen wird, wenn das Grundrechtsgeschäft und die Einigung durch die nämliche Rechtshandlung vollzogen sind (RG 66, 390; 69, 16; vgl. auch 70, 55; 89, 154/7). Wiederum jedoch zeigt sich die Selbständigkeit der Einigung auch darin, daß sie selbst dann nicht ohne weiteres ungültig ist, wenn sie mit dem Grundrechtsgeschäfte hinsichtlich der zu bewirkenden Rechtsänderung nicht übereinstimmt, insbesondere wenn sie bezüglich des Umfangs der Rechtsänderung (z. B. bezüglich der Höhe der einzutragenden Darlehnshypothek) über das Grundrechtsgeschäft hinausgeht (RG 52, 114). Soweit nicht eine Anfechtung wegen Irrtums usw. Platz greift, wird in einem solchen Falle nur die Geltendmachung eines persönlichen Anspruchs auf Rückgängigmachung der zu Unrecht vollzogenen Rechtsänderung gegeben sein. Es erscheint auch mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit nicht ausgeschlossen, daß für die Einigung, sofern es sich nicht um eine Auflassung handelt (§ 925 Abs 2), die *Bedingung* gesetzt wird, daß das Grundrechtsgeschäft rechtsgültig ist. Erweist sich demnächst das Grundrechtsgeschäft als nichtig, so wird auch die Einigung zufolge Eintritts der Bedingung hinfällig (str.; vgl. RG 57, 96 [Wucher]; Gruch 57, 917 [unsittliche Sicherungsübereignung], wo allerdings die Nichtigkeit der Einigung auf die allgemeine Annahme, es sei für den Fall der Nichtigkeit des Grundgeschäfts auch die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts gewollt, gegründet ist, was bedenklich ist, weil ein solcher Wille tatsächlich kaum vorliegen wird, wenn er nicht durch Setzung der Bedingung zum Ausdruck gelangt ist). — Ist das *Grundrechtsgeschäft rechtsgültig*, aber die *Einigung nichtig* (z. B. weil: der Passivbeteiligte inzwischen wegen Geisteskrankheit entmündigt worden war; nur die Einigung wegen Arglist angefochten ist; wegen fehlender Willensübereinstimmung eine Einigung nicht zustande gekommen ist), so tritt die gewollte Rechtsänderung (z. B. Eigentumsübergang, Belastung mit einer Hypothek) nicht ein (vgl. RG 70, 356; 72, 63; 78, 371; 80, 317); jedoch kann der Aktivbeteiligte verlangen, daß die Einigungserklärung von dem andern Teil (in dem ersten Beispiele von dem bestellten Vormunde) rechtswirksam wiederholt wird (RG 78, 377). Vgl. auch RG JW 08, 270[3] (ein bedingtes Grundrechtsgeschäft wird durch ein vorzeitiges, unbedingtes Erfüllungsgeschäft, z. B. Auflassung, nicht ohne weiteres zu einem unbedingten).

c) Was die **Form der Einigung** einerseits **und des Grundrechtsgeschäfts** anderseits anlangt, so folgen sie, wie sie im Verhältnisse zueinander selbständige Verträge sind, auch jedes für sich ihren eigenen Regeln. Nur insofern stimmen diese Regeln überein, als *grundsätzlich für beide Rechtsgeschäfte Formfreiheit* besteht (RG 48, 135; 50, 82; 54, 179; Gruch 46, 901; 51, 987; SeuffA 59 Nr 183). Für die Grundrechtsgeschäfte gelten aber verschiedene Ausnahmen (vgl. z. B. §§ 311, 313, 518, 761, 780, 781, 1017). Hat insbesondere das Grundrechtsgeschäft die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke zum Gegenstande, so bedarf es der im § 313 Satz 1 vorgeschriebenen Form. Betrifft die Einigung ebenfalls eine solche Eigentumsübertragung, so muß sie nach § 925 in der Form der Auflassung erklärt werden. Dabei gilt nach § 313 Satz 2 die Besonderheit, daß das ohne die Beobachtung der Form des § 313 Satz 1 geschlossene Grundrechtsgeschäft durch die Auflassung und Eintragung gültig wird. — Im übrigen gilt nur noch bezüglich der sich auf Änderungen der Rechtsverhältnisse an Grundstücken beziehenden Einigung des § 873 Abs 1 die **Sonderbestimmung des Abs 2**, wonach die formlose Einigung so lange widerrufen werden kann, als nicht die Eintragung erfolgt (RG 60, 262) oder von den verschiedenen dort aufgeführten, die Bindung bewirkenden Formen eine beobachtet worden ist (s. A 13). Daraus ist nicht, wie in der Rechtslehre geschehen ist, zu folgern, daß ein „Vorvertrag“, durch den die Verpflichtung zur Herbeiführung der Rechtsänderung rechtsverbindlich begründet werden solle, einer dieser Formen

bedürfe. Ein Vorvertrag zu der Einigung in dem Sinne einer Voreinigung wäre, wenn er überhaupt über die Stufe einer für die Rechtsgestaltung bedeutungslosen Vorbesprechung hinaus gediehen sein sollte, in Wirklichkeit die Einigung selbst. Tatsächlich ist ein Vorvertrag, wenn er auf die Verpflichtung zur Herbeiführung der Rechtsänderung gerichtet ist und somit die Verpflichtung zu einer künftigen Einigung in sich schließt, nichts anderes als das schuldrechtliche Grundrechtsgeschäft, das die Bewirkung der Rechtsänderung zum Gegenstande hat (vgl. RG 86, 33; 86, 36). Die Bestimmung im Abs 2 § 873 bezieht sich lediglich auf die dingliche Einigung (im Sinne des Abs 1 § 873) und kommt für das Grundrechtsgeschäft gar nicht in Betracht; auch enthält sie überhaupt nicht eine Formvorschrift, sondern sie betrifft nur die Frage der Bindung (der Unwiderruflichkeit, s. § 130) vor erfolgter Eintragung (s. A 13, vgl. RG 48, 133; 50, 82; Gruch 46, 901; RG 11. 10. 06 VI 41/06; OLG 2 S. 50, 315; 22, 196; 23, 317). Allerdings kann die nicht in einer der Formen des Abs 2 erklärte Einigung von dem Passivbeteiligten vor der Eintragung widerrufen werden, auch wenn er zufolge des Grundrechtsgeschäfts, mag dieses auch ebenfalls formlos geschlossen sein (abgesehen von den Ausnahmefällen), zur Bewirkung der Rechtsänderung verpflichtet ist. Ein solcher Widerruf nützt aber dem Passivbeteiligten nichts. Denn seine Verpflichtung aus dem Grundrechtsgeschäft bleibt bestehen und er kann im Rechtswege zur Erfüllung dieser Verpflichtung (s. unten „Ersatz der Einigung") angehalten werden (RG 11. 10. 06 VI 41/06). Anderseits wird das Grundrechtsgeschäft, wenn einer der Ausnahmefälle vorliegt und die hierfür vorgeschriebene Form fehlt, nicht dadurch gültig, daß eine der Formen des Abs 2 § 873 eingehalten wird, sofern nicht diese Form zugleich die für das betreffende Grundrechtsgeschäft vorgeschriebene Form erfüllt (wie z. B. im Falle der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung eines Schenkungsversprechens, §§ 873 Abs 2, 518 Abs 1 Satz 1); denn Abs 2 § 873 hat eben für das Grundrechtsgeschäft keine Geltung. — Nach § 1260 Abs 1 Satz 2 findet der Abs 2 § 873 auch auf die Bestellung eines Pfandrechts an einem Schiffe Anwendung. In den übrigen Fällen der dinglichen Einigung (bezüglich beweglicher Sachen Eigentumsübertragung, Bestellung eines Nießbrauchs, eines Pfandrechts, §§ 929, 1032, 1205, Besitzeinräumung gemäß § 854 Abs 2) kommt die Notwendigkeit einer Form überhaupt nicht in Frage. Aber auch in den Fällen der §§ 873, 1260 (abgesehen von der Übertragung des Eigentums an Grundstücken, § 925, der Bestellung und Übertragung des Erbbaurechts, früher §§ 1015, 1017, jetzt VO v. 15. 1. 19, und der andern den Landesgesetzen zur Regelung vorbehaltenen Rechten mit Grundstücksnatur, Artt 63, 68, 196 EG, bei denen die erforderliche Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden muß), bedarf die **Einigung zur Wirksamkeit an sich keiner Form** (RG 89, 32; 89, 373). Tritt zu der Einigung das andere Erfordernis für die Rechtsänderung, die Eintragung in das Grundbuch (oder in das Schiffsregister, § 1260 Abs 1 Satz 1), hinzu, so ist die Einigung, auch wenn sie formlos erklärt worden ist, unwiderruflich und die Rechtsänderung rechtswirksam vollzogen (RG 60, 263; Warn 1911 Nr 83). Der Umstand, daß die Einigung, solange sie vor der Eintragung nicht in einer der Formen des Abs 2 § 873 erklärt worden war, hätte widerrufen werden können, ändert hieran nichts, wenn tatsächlich nicht widerrufen worden ist. — Daß die Einigung, um die Rechtsänderung sachlich wirksam herbeizuführen, der Eintragung vorangehen muß, ergibt sich aus dem Gesetze nicht. Einigung und Eintragung sind im § 873 Abs 1 (auch im § 1260) für die Rechtsänderung als gleichwertige Erfordernisse aufgestellt, die nur insofern zueinander in Beziehung stehen, als erst bei ihrem Zusammentreffen die Rechtsänderung wirksam vollzogen ist (s. A 10). Danach kann die Einigung der Eintragung auch nachfolgen (vgl. § 879 Abs 2, RG 84, 105; 89, 32; 89, 374; JW 05, 290[15]; 1912, 296[15]; KGJ 21 A 309). — **Nach formellem Grundbuchrechte** allerdings ist, um den Antrag auf Eintragung zu begründen, die Beobachtung einer der Formen des § 29 Abs 1 GBO erforderlich. Jedoch einesteils sind diese Formen nicht die nämlichen, wie im Abs 2 § 873, sondern es genügt auch eine öffentlich beglaubigte Urkunde, anderenteils handelt es sich um eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeobachtung auf die materielle Wirksamkeit keinen Einfluß hat. Dem Grundbuchamte braucht anderseits die Einigung als solche nicht nachgewiesen zu werden, vielmehr ist, abgesehen von der Ausnahme für die Auflassung im § 20 und von den Abweichungen in den §§ 21—27 GBO, nach § 19 GBO die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten allein zur Rechtfertigung des Eintragungsantrags genügend (vgl. Vorbem 3b). Dieser Antrag kann nach § 13 Abs 2 GBO von dem Passivbeteiligten selbst gestellt werden, so daß es zur Herbeiführung der Eintragung einer Aushändigung der Eintragungsbewilligung an den Aktivbeteiligten und eines Antrags von seiner Seite nicht bedarf. Liegt freilich der Eintragungsbewilligung tatsächlich eine Einigung beider Teile nicht zugrunde oder erfolgt die Einigung nicht noch nach der Eintragung (z. B. wenn der Eigentümer eine Darlehnshypothek hat eintragen lassen in der Annahme, er werde sich demnächst mit dem als Hypothekengläubiger Bezeichneten über die Hergabe des Darlehns und die Bestellung der Hypothek dafür einigen können), so ist die Eintragung nichtig.

d) Ein bestimmter **Inhalt der Einigung** ist im **BGB nicht vorgeschrieben.** Es genügen Erklärungen, aus denen sich der übereinstimmende Wille der Beteiligten über den Eintritt der

Rechtsänderung ergibt (RG 54, 381; 62, 378; 89, 32; JW 03 Beil 91). In dieser Hinsicht hat zur Feststellung des Willens der Beteiligten gegebenenfalls die Auslegungsregel des § 133 Anwendung zu finden (RG 52, 416,; Gruch 54, 887; OLG 15, 330, auch KGJ 21 A 281). Geht die Einigung des § 873 (§ 1260) der Eintragung voraus, wie es regelmäßig der Fall sein wird, so genügt die Erklärung des Passivbeteiligten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung bewillige, und die Erklärung des Aktivbeteiligten, daß er damit einverstanden sei (vgl. RG 62, 378). Anderseits ist es nicht notwendig, daß eine Vereinbarung über die Eintragung noch etwa ausdrücklich neben einer Einigung über die Rechtsänderung (z. B. über Eigentumsübertragung, über die Hypothekübertragung) erklärt wird; ebensowenig brauchen in den Einigungserklärungen die Worte „Bewilligung" und „Antrag" (auf Eintragung) vorzukommen (vgl. RG 54, 383; 62, 378; 89, 32; RJA 3, 143). — **In formellrechtlicher Hinsicht** wird allerdings als Voraussetzung für die Vornahme der Eintragung im § 19 GBO die „Bewilligung der Eintragung" seitens des Passivbeteiligten und im § 13 GBO ein „Antrag auf Eintragung" erfordert. Diese formellrechtliche Eintragungsbewilligung ist aber nicht das nämliche wie die Einigung oder ein Teil dieser, sondern ein an sich davon verschiedenes Rechtsgeschäft, wenn auch im einzelnen Falle die Erklärungen der Einigung und die Bewilligung der Eintragung sich decken können (vgl. RG 54, 384; 89, 32; 89, 371) Anderseits ist jedoch zu beachten, daß im § 19 GBO nur zur Verkehrserleichterung die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten allein zur Bewirkung der Eintragung für genügend erklärt ist. Wenn dem Grundbuchamte in einer der Formen des § 29 Abs 1 GBO, die dort nicht bloß für Eintragungsbewilligungen, sondern auch für „sonstige zu der Eintragung erforderliche Erklärungen" vorgeschrieben sind, Erklärungen beider Teile vorgelegt werden, aus denen sich zweifelsfrei eine materiellrechtliche Einigung über die Rechtsänderung ergibt, so müssen diese Erklärungen dem Grundbuchamte zur Eintragung ebenfalls genügen, mag auch von einer „Bewilligung der Eintragung" darin nicht die Rede sein. Bestätigt wird dies durch § 20 GBO, wo im Falle der Auflassung nicht die Erklärung beider Teile über die „Eintragung" (des Eigentumsübergangs), sondern die beiderseitige Erklärung der „Einigung" zur Eintragung erfordert wird, und aus dem Wortlaute des § 19 GBO folgt nicht mit Notwendigkeit, daß die Eintragung nur bei Vorliegen einer „Eintragungsbewilligung" vorzunehmen sei (str., vgl. RG 54, 383). Will man dies aber auch nicht annehmen, so wird doch im Wege der Auslegung (§ 133) regelmäßig in den Erklärungen der Einigung die Bewilligung der Eintragung zu finden sein (vgl. KGJ 21 A 281). Anderseits muß die Eintragungsbewilligung den Rechtsvorgang, durch den die Rechtsänderung herbeigeführt wird, gemäß dem materiellen Recht (z. B. Abtretung, richterliche Überweisung) angeben, damit die Art der Rechtsänderung genügend zum grundbuchmäßigen Ausdruck gebracht werden kann (z. B. genügt im Falle der Übertragung einer Hypothek nicht Bewilligung der Umschreibung; KGJ 40 A 268; OLG 25, 374). Für die Eintragungsbewilligung gilt auch, ebenso wie für die Einigung (s. A 7a), die Vorschrift des § 181, wonach, wenn nicht einer der dort vorgesehenen Ausnahmefälle vorliegt, der Passivbeteiligte oder dessen gewillkürter oder gesetzlicher Vertreter nicht die Eintragung einer Rechtsänderung zu seinen eigenen Gunsten bewilligen darf (KGJ 37 A 283; 41, 168; 47, 148). Die Eintragungsbewilligung muß deutlich und unmittelbar verständlich sein. Der Grundbuchrichter hat sich auf Auslegung unklarer Bewilligungsurkunden nicht einzulassen (OLG 18, 233; 21, 4). Über den Inhalt der bei der Auflassung abzugebenden Erklärungen vgl. § 925 A 13. — **Gegenüber dem Grundrechtsgeschäfte** ist eine wörtliche oder (in einer Urkunde) räumliche **Sonderung der Einigungserklärungen nicht erforderlich**; es können beide Akte äußerlich vereint erscheinen (vgl. M 1, 128; RG Gruch 58, 1015). Namentlich bezüglich beweglicher Sachen, hinsichtlich deren die Selbständigkeit der Einigung als eines besonderen dinglichen Vertrags überhaupt weniger als im Falle des § 873 (§ 1260) und insbesondere des § 925 hervortritt, werden häufig Grundrechtsgeschäft und Einigung (Erfüllungsgeschäft) zusammenfallen und wird auf der Grundlage des Grundrechtsgeschäfts die Einigung als stillschweigend vollzogen zu gelten haben (z. B. wenn auf Grund Kaufgeschäfts die verkaufte Sache sofort übergeben wird; vgl. RG JW 1912, 129[2]). Aber auch im Falle des § 873 (§ 1260) wird (abgesehen von der Auflassung) sich die Einigung unter Umständen aus den beim Abschlusse des Grundrechtsgeschäfts abgegebenen Erklärungen ohne weiteres ergeben können.

e) Ein **Ersatz der Einigung** kann, wenn ein zur Mitwirkung bei Vornahme der Rechtsänderung auf Grund eines Grundrechtsgeschäfts Verpflichteter, sei es der Passivbeteiligte oder auch (z. B. bei der Auflassung) der Aktivbeteiligte, sich weigert, seiner Verpflichtung nachzukommen, durch seine **rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe der betreffenden Einigungserklärung** gemäß § 894 Abs 1 ZPO herbeigeführt werden. Ein derartiger Ersatz findet besonders häufig bezüglich Abgabe einer Auflassungserklärung statt. In dieser Hinsicht wird auf § 925 A 11, 13 verwiesen, die entsprechend auch für andere Rechtsänderungen gelten. Bezüglich der übrigen Fälle der Einigung des § 873, bei denen die Abgabe der Einigungserklärungen beider Teile vor dem Grundbuchamte nicht erforderlich, ist jedoch zu bemerken, daß mit der Rechtskraft des Urteils gegen den einen Teil die Einigung ohne wei-

teres als vollzogen gilt, da die Einigungserklärung des andern Teiles bereits in der Klage enthalten ist. Daß der Verurteilte an die durch das Urteil ersetzte Erklärung gebunden ist und ein Widerruf nicht stattfindet, folgt aus dem Wesen eines rechtskräftigen Urteils (M 3, 197). — Soll in diesen Fällen eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen (was z. B. bei der Übertragung einer Briefhypothek zur Bewirkung der Rechtsänderung nicht erforderlich ist, s. A 12, auch OLG 1, 364), so genügt formellrechtlich zur Vornahme der Eintragung die Verurteilung des Passivbeteiligten zur Bewilligung der Eintragung im Sinne des § 19 GBO. Dabei braucht die Urteilsformel nicht notwendig die Worte „Bewilligung der Eintragung" zu enthalten. Es genügt, wenn aus dem gesamten Urteile im Wege der Auslegung (§ 133) zweifelsfrei zu ersehen ist, daß und hinsichtlich welcher Rechtsänderung die Verurteilung zur Eintragungsbewilligung ausgesprochen sein soll (vgl. **RG** 48, 400; KGJ 21 A 281). — Das Urteil ersetzt auch die für die Eintragungsbewilligung im § 29 Abs 1 GBO vorgeschriebene Form. Der Aktivbeteiligte kann unter Vorlegung des mit Rechtskraftzeugnis versehenen Urteils durch formlosen Antrag (§§ 13, 30 GBO) die Eintragung herbeiführen. Er muß aber selbstverständlich die auch im Falle freiwilliger Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten noch sonst etwa zur Eintragung erforderlichen Nachweise erbringen. Der Grundbuchrichter hat zwar die sachliche Richtigkeit des Urteils nicht nachzuprüfen. Wohl aber liegt ihm trotz des Urteils insbesondere ob, zu prüfen, ob der zur Bewilligung der Eintragung Verurteilte auch wirklich zur Verfügung über das Recht, das geändert werden soll, berechtigt ist, da das Urteil nur die Abgabe der Willenserklärung ersetzt (KGJ 51, 194). Hinsichtlich der sonst erforderlichen Genehmigung von Behörden sowie von dritten Personen s. jedoch § 925 A 11. — Soll die Eintragung gegen einen andern als den Verurteilten erfolgen, so muß, soweit nach den Vorschriften der ZPO gegen einen andern als den Schuldner ein Urteil überhaupt wirksam und eine Zwangsvollstreckung zulässig ist (z. B. gegen einen Rechtsnachfolger, einen Nacherben, einen Erben im Verhältnisse zum Testamentsvollstrecker nach Maßgabe der §§ 325—327 ZPO), eine gegen den andern erteilte Vollstreckungsklausel (vgl. §§ 727 bis 730 ZPO) beigebracht werden. Hinsichtlich des Falles der Abhängigkeit der Urteilsvollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Gegenleistung (§ 726 Abs 2 ZPO) s. § 925 A 11.

8. Der **Berechtigte** im Sinne des § 873 ist der Passivbeteiligte, also derjenige, der Grundeigentum überträgt oder mit einem Rechte belastet oder ein solches Recht überträgt oder belastet. Er ist der nämliche wie der, dessen Recht im Sinne des § 19 GBO von der Eintragung der Rechtsänderung betroffen wird (KGJ 37 A 287; 43, 229; RJA 12, 162). Damit die Einigungserklärung des Berechtigten in Verbindung mit der Erklärung des andern Teiles und der Eintragung die Rechtsänderung herbeiführt, **muß** der Berechtigte **befugt sein, über das Grundstück oder das Recht am Grundstück zu verfügen** (vgl. **RG** 54, 364; RJA 9, 274). Denn die Einigung ist eine Verfügung (RJA 9, 275; 12, 162). Hierunter versteht das BGB in den zahlreichen Vorschriften (vgl. z. B. §§ 135, 137, 161, 184, 185, 883, 892, 893, 1048, 1074, 1124, 1126, 1165, 1189, 1282, 2033 und verschiedentlich auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts), in denen es von einer „rechtsgeschäftlichen Verfügung" spricht, im Gegensatze zu dem eine Verpflichtung zur Verfügung begründenden (schuldrechtlichen) Rechtsgeschäfte einen Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft, wodurch unmittelbar das Eigentum oder ein Recht an einer Sache oder auch sonst ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben werden soll (vgl. **RG** 49, 416; RJA 2, 250; 9, 276; KGJ 23 A 136; OLG 5, 418; 7, 8). Ein solcher Vertrag ist die Einigung des § 873, wie überhaupt der dingliche Vertrag, auch bezüglich beweglicher Sachen (s. A 7), während z. B. die Rechtsaufhebungserklärung des Berechtigten im § 875 eine einseitige rechtsgeschäftliche Verfügung ist (RJA 9, 275). Allerdings muß zur Vollendung der Rechtsänderung noch ein anderer Tatumstand, die Eintragung (die Übergabe), hinzutreten. Dieser Tatumstand ist aber nicht rechtsgeschäftlicher Natur und kann daher nicht zu den Begriffsmerkmalen der rechtsgeschäftlichen Verfügung gehören. Wenn diese auch ohne Hinzutritt der Eintragung (der Übergabe) den verfolgten Zweck nicht erreicht, so bleibt sie deshalb doch immer eine Verfügung, die nicht wirkungslos ist. Im Sinne des § 873 ist daher bereits die Einigungserklärung des Berechtigten in Verbindung mit der des andern Teiles eine Verfügung, nicht liegt erst dann eine Verfügung vor, wenn auf Grund der Einigung die Eintragung der Rechtsänderung erfolgt ist (str., RJA 9, 276; OLG 7, 50). Dies ist wichtig für den Fall, daß ein Nichtberechtigter die verfügende Einigungserklärung abgibt. Es kann diese Erklärung dann gemäß § 185 Abs 2 durch Genehmigung des Berechtigten schon vor der Eintragung Wirksamkeit erlangen (**RG** 54, 362; JW 1911, 976[8]; RJA 2, 250; KGJ 21 A 150; 26 A 145; OLG 5 S. 418, 419; SeuffA 57 Nr 10). Über Erteilung der Genehmigung des Berechtigten zu der Auflassung eines Nichtberechtigten und über die erforderliche Zustimmung Dritter zu der Auflassungserklärung vgl. § 925 A 7, 11. Solange aber die Genehmigung des Berechtigten nicht erteilt worden, ist die verfügende Einigungserklärung des Nichtberechtigten unwirksam und ebenso die auf Grund der Einigung etwa erfolgte Eintragung

(RG 54, 365; OLG 8, 188). Bestellt freilich ein Nichtberechtigter (z. B. der Käufer vor der Auflassung) ein Recht am Grundstück (z. B. Hypothek, Vorkaufsrecht), so wird die Einigung zwischen ihm und dem andern Teile durch späteren Erwerb des Grundstücks (Eintragung seines Eigentums) gemäß § 185 Abs 2 (Erwerb des Gegenstandes) wirksam (vgl. RG 77, 87; OLG 5, 418). — Jedoch kann der Passivbeteiligte auch dann Berechtigter sein, wenn er als solcher **im Grundbuche nicht eingetragen** ist. So z. B. ist Berechtigter: der nicht eingetragene Erbe (§ 1922) des als Inhaber des Rechtes noch im Grundbuche eingetragenen Erblassers; der als Hypothekengläubiger nicht eingetragene Eigentümer oder persönliche Schuldner, auf den eine Hypothek kraft Gesetzes übergegangen ist (§§ 1143, 1163, 1164, 1168 usw.; vgl. dazu RG 52, 258; OLG 8, 188). Ein solcher Berechtigter kann materiell wirksam verfügen, ohne sich zuvor als Berechtigter eintragen zu lassen. § 873 macht die Wirksamkeit der Einigung nicht, wie freilich § 828 E I, von der Eintragung des Passivbeteiligten abhängig. Er erfordert nur, daß der Passivbeteiligte wirklich Berechtigter ist (Prot 3, 54; RG 54, 364; OLG 8, 189). Allerdings soll nach § 40 Abs 1 GBO, soweit nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 40 Abs 2, 41 GBO vorliegt, eine Eintragung nur erfolgen, wenn der Passivbeteiligte als Berechtigter eingetragen ist. Dies ist jedoch nur eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeobachtung auf die Wirksamkeit der Eintragung oder gar der Einigung keinen Einfluß ausübt. Anderseits aber sind die Fälle, in denen der Passivbeteiligte ohne Eintragung Berechtigter ist, nur Ausnahmefälle. In der Regel kann der Passivbeteiligte nicht anders Berechtigter geworden sein, als durch rechtsgeschäftlichen Erwerb nach Maßgabe des § 873, und dann muß er als Inhaber des Rechtes eingetragen sein. Daher ist in solchen Regelfällen der Passivbeteiligte vor erfolgter Eintragung auch dann Nichtberechtigter, wenn er sich mit dem Inhaber des Rechtes hinsichtlich der Rechtsänderung zu seinen Gunsten geeinigt hat, so z. B., wenn er von dem eingetragenen Gläubiger eine Buchhypothek übertragen erhalten hat (§§ 1154 Abs 3, 873; RG 54, 365). Jedoch kann auch die aus dem Mangel der Eintragung folgende Nichtberechtigung durch die vorherige Einwilligung oder die nachträgliche Genehmigung des Berechtigten geheilt werden. Der Passivbeteiligte wird zwar hierdurch nicht Berechtigter, aber seine Verfügung erlangt gemäß § 185 Abs 1, 2 in der Weise Wirksamkeit, wie wenn sie von vornherein von dem Berechtigten selbst vorgenommen worden wäre (vgl. RG 54, 366; SeuffA 57 Nr 7; RJA 2, 250; 3, 263; OLG 5, 418; 5, 420; 7, 49; KGJ 47, 158). So kann z. B., wenn der Erwerber eines Grundstücks nach der von dem Eigentümer an ihn erteilten Auflassung das Grundstück an einen weiteren Erwerber aufläßt, dieser als Eigentümer eingetragen werden, ohne daß es der vorherigen Eintragung des Ersterwerbers bedarf, sofern der Erstveräußerer zu der Auflassung an ihn seine Einwilligung erteilt hat oder seine Genehmigung erteilt (KGJ 47, 158). Dabei wird, sofern nicht besondere Umstände für Gegenteiliges sprechen, die Einwilligung des Ersterwerbers ohne weiteres in der dem Ersterwerber von ihm erteilten Auflassung zu finden sein (KGJ 47, 161). Über die Pflicht des Grundbuchamts zur Prüfung der Verfügungsbefugnis des Passivbeteiligten s. Vorbem 3. — Wird die Einigungserklärung des Passivbeteiligten durch Urteil gemäß § 894 ZPO ersetzt (s. A 7e „Ersatz der Einigung") und ist der Passivbeteiligte zwar Berechtigter, aber nicht im Grundbuche eingetragen, oder fehlen gewisse Urkunden zum Nachweise seiner Legitimation, so werden dem Aktivbeteiligten Hilfsmittel gegeben durch § 14 GBO zwecks Herbeiführung der Eintragung und durch §§ 792, 896 ZPO zwecks Beschaffung der betreffenden Urkunden (z. B. eines Erbscheins). Hat der Aktivbeteiligte gegen den Passivbeteiligten einen vollstreckbaren Titel und steht diesem ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) gegen den statt seiner zu Unrecht als Rechtsinhaber Eingetragenen zu, so kann jener sich diesen Anspruch auch überweisen lassen und dann gegen den Eingetragenen Klage auf Bewilligung der Eintragung des Passivbeteiligten erheben (vgl. RG 59, 293; 64, 165; OLG 2, 152; 7, 315; 10, 388; 13, 12; 14, 185).

9. Der **andere Teil**, der bei der Einigung mitwirken muß, ist derjenige, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung herbeigeführt werden soll, der Aktivbeteiligte. Er ist nach § 13 Abs 2 GBO auch zum Antrage auf Eintragung der Rechtsänderung berechtigt. Da die Einigung ein (zweiseitiger) Vertrag ist, kann nicht ein und dieselbe Person Passivbeteiligter und zugleich Aktivbeteiligter sein. Vgl. hierüber sowie über die Ausnahmen der §§ 1009, 1196 und ferner darüber, daß unter gewissen Voraussetzungen die beiden Beteiligten bei der Einigung, insbesondere der Auflassung, durch die nämliche Person vertreten werden können, A 7a und § 925 A 11. — Soll eine Hypothek und zugleich ein Nießbrauch an der Hypothek (z. B. durch Zuweisung des Zinsgenußrechts) bestellt werden, so müssen bei der Einigung der Eigentümer, der Hypothekengläubiger und der Nießbraucher mitwirken (vgl. RG Warn 1913 Nr 260). Formellrechtlich aber genügt die Eintragungsbewilligung des Eigentümers allein, da er dem Gläubiger die Hypothek nur mit der Einschränkung bestellt, daß einem Dritten der Nießbrauch zusteht, mithin nur er, nicht auch der Gläubiger Passivbeteiligter im Sinne des § 19 GBO ist (KGJ 43, 227). — Wegen Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Bergwerk auf eine zugleich zu begründende Gewerkschaft vgl. KGJ 30 A 180.

10. Außer der Einigung ist zur Herbeiführung der Rechtsänderungen, die unter § 873 fallen, die **Eintragung der Rechtsänderung** notwendig. Fehlt eines der beiden Erfordernisse, so tritt die Rechtsänderung nicht ein, insbesondere hat auch die Eintragung, wenn ihr nicht eine Einigung vorangegangen ist oder nachfolgt, keine Wirkung (**RG** 70, 356; KGJ 21 A 157). Die Eintragung begründet dann zwar gemäß § 891 eine Vermutung für das Bestehen des eingetragenen Rechtes, jedoch wird diese Vermutung durch den Nachweis des Fehlens der Einigung widerlegt. Der durch die Eintragung Verletzte hat nicht etwa bloß einen persönlichen Anspruch gegen den Aktivbeteiligten auf Beseitigung der Eintragung, wie wenn diese an sich zu Recht bestände, sondern die Eintragung ohne Einigung ist nichtig und dem Verletzten steht gegen den durch sie Begünstigten ein dinglicher Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 zu, soweit nicht ein inzwischen erfolgter Rechtserwerb eines Dritten im Vertrauen auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892) entgegensteht (**RG** 70, 356). Über die anderseits dem Passivbeteiligten auch nach der Einigung verbleibende Verfügungsbefugnis, solange die Eintragung nicht bewirkt ist, vgl. A 13. — Erfolgt die Einigung erst nach der Eintragung (s. über die Zulässigkeit A 7c), so ist die Rechtsänderung erst mit diesem Zeitpunkte wirksam vollzogen. Wenn jedoch durch die Eintragung das Grundstück zugunsten des Aktivbeteiligten mit einem Rechte belastet worden ist, gilt nach § 879 Abs 2 hinsichtlich des Ranges dieses Rechtes insofern eine Ausnahme, als für das Rangverhältnis die Eintragung auch dann maßgebend ist, wenn die Einigung erst nach der Eintragung zustande gekommen ist. — Die Eintragung muß mit der Einigung in innerem Zusammenhang stehen und die nämliche Rechtsänderung wie diese zum Gegenstande haben, da § 873 zur Vollziehung der Rechtsänderung erfordert Einigung über den Eintritt dieser Rechtsänderung und Eintragung auch gerade dieser Rechtsänderung und sonach Einigung und Eintragung hinsichtlich der Rechtsänderung sich decken müssen (str.; KGJ 51, 190). Daher wird, wenn zur Zeit der Einigung über eine Rechtsänderung zwar eine Eintragung gleichen Inhalts bereits vorhanden, aber sie aus anderer rechtlicher Veranlassung erfolgt ist, eine neue Eintragung nicht erübrigt und durch die Einigung ohne solche neue Eintragung die Rechtsänderung nicht vollzogen (KGJ 51, 190; vgl. bezüglich der Auflassung das Beispiel in § 925 A 5). — Über die **Voraussetzungen, unter denen eine Eintragung** vom Grundbuchamte **vorgenommen werden darf,** trifft nicht das BGB, sondern die GBO Bestimmungen, die nur als Ordnungsvorschriften gelten. Insbesondere kommen in Betracht: § 19, Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten, nebst der Ausnahme für die Auflassung in § 20 und den Abweichungen in den §§ 21—27; ferner § 13, Antrag auf Eintragung seitens des Passivbeteiligten oder des Aktivbeteiligten; § 40 Abs 1, vorherige Eintragung des Passivbeteiligten, nebst den Ausnahmen in §§ 40 Abs 2, 41; § 29, Form der Eintragungsbewilligung und der sonstigen Voraussetzungen für die Eintragungen. Reicht ein Notar, der nach § 15 GBO als bevollmächtigt gilt, dem Grundbuchamt Eintragungsurkunden ein, in denen bereits Anträge auf Eintragung von Rechtsänderungen von den Beteiligten gestellt worden sind, so darf er in seinem an das Grundbuchamt gemäß § 13 GBO gerichteten Eintragungsantrag von jenen Anträgen der Beteiligten nicht abweichen (KGJ 22 A 296; 25 A 301; OLG 5, 293; 7, 190; 8, 303; 10, 421; 21, 346), auch nicht in der Weise, daß er von den mehreren in derselben Urkunde enthaltenen, miteinander zusammenhängenden Eintragungsanträgen der Beteiligten nur den einen oder den andern seinerseits bei dem Grundbuchamt stellt (**RG** Warn 1916 Nr 279). Das Grundbuchamt hat auch im letzteren Falle den Antrag des Notars abzulehnen, es sei denn, daß die besondere Sachlage die Annahme rechtfertigt, daß auch nach dem Willen der Beteiligten vorderhand nur die Eintragung der einen Rechtsänderung herbeigeführt werden sollte (vgl. **RG** Warn 1916 Nr 279). — Die Einrichtung der Grundbücher und damit auch die Stelle, an der die einzelnen Eintragungen ihren Platz erhalten, ist durch § 1 Abs 2 GBO der Bestimmung der Landesjustizverwaltung überlassen. Die demgemäß gegebenen Vorschriften darüber, welche Eintragungen in die einzelnen Abteilungen gehören, sind aber nur Ordnungsvorschriften. Ein Verstoß dagegen macht die Eintragung nicht unwirksam (**RG** 54, 248; 55, 343; 94, 7; JW 07, 291[53]), mag auch zugleich das Recht vom Grundbuchrichter unrichtig bezeichnet sein, sofern nur der Inhalt des Rechtes aus dem Eintragungsvermerk erkennbar ist (z. B. im Falle der Eintragung eines Rechtes, das nach der Eintragungsbewilligung alle Kennzeichen einer Hypothek enthält, als Last in die Abteilung für Lasten statt in die für Hypotheken; **RG** 94, 8). In derartigen Fällen kann die Eintragung dadurch richtiggestellt werden, daß das Recht mit dem bisherigen Range in die richtige Abteilung und mit der richtigen Bezeichnung eingetragen wird (**RG** 94, 9). — Der **Inhalt der bewirkten Eintragung,** des Eintragungsvermerks, muß, um die Rechtsänderung materiell wirksam zu vollziehen, derart vollständig und bestimmt sein, daß die Rechtsänderung, auch hinsichtlich der Person des zu der Eintragung Berechtigten, für Dritte zweifelsfrei erkennbar ist (OLG 21, 42; 22, 380; 23 S. 321, 345). Handelt es sich um Eintragung der Übertragung eines eingetragenen Rechtes am Grundstücke (z. B. einer Hypothek), so wird dieses Erfordernis durch Hinzufügung eines einfachen Übertragungsver-

merks für den neuen Erwerber nicht erfüllt; vielmehr ist der bestimmte materielle Übertragungsakt (Abtretung, richterliche Überweisung, Gesetz) anzugeben (KGJ 40 A 270). Im Falle der Belastung des Grundstücks oder eines Rechtes an diesem wird der gesamte Inhalt und Umfang der Belastung im Grundbuche zum Ausdrucke gebracht werden müssen, es sei denn, daß die vereinbarte Belastung nichts Abweichendes von der im BGB getroffenen Regelung des betreffenden Rechtes enthält; im letzteren Falle wird die einfache Benennung des Rechtes gemäß dem BGB (z. B. Nießbrauch, Vorkaufsrecht) genügen. Jedoch ist im § 874 bezüglich der Belastung des Grundstücks im allgemeinen, im § 1115 bezüglich der Belastung des Grundstücks mit einer Hypothek im besonderen und im § 885 Abs 2 bezüglich der Eintragung einer Vormerkung zur Entlastung des Grundbuchs nachgelassen, daß die Eintragung in gewissem Umfange durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bzw. die einstweilige Verfügung bewirkt wird. Anderseits hat das Grundbuchamt die in den §§ 45, 48—51 GBO für den Inhalt der Eintragungsvermerke gegebenen Ordnungsvorschriften zu beachten, auch soweit sie über die materiellrechtlich zu stellenden Erfordernissen hinausgehen (RG 94, 7). Über die zu erfordernde Art der Eintragung, wenn für die Forderung, für die bereits eine Hypothek an einem Grundstück besteht, noch eine Hypothek an einem andern Grundstück bestellt werden soll (also eine Gesamthypothek entstehen soll), je nachdem dieses Grundstück ein eigenes Grundbuchblatt hat oder mit jenem als selbständiges Grundstück auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt verzeichnet ist, vgl. § 1132 A 4. — Eine Ergänzung eines Eintragungsvermerks kann, wenn die Eintragung unrichtig ist, auf Grund eines nachträglichen Rechtsakts vom Grundbuchamt vorgenommen werden. Dagegen hat das Grundbuchamt die Ergänzung eines solchen Eintragungsvermerks, der wegen Fehlens einer wesentlichen Angabe inhaltlich unzulässig ist, abzulehnen, da es nach § 54 Abs 1 Satz 2 GBO die inhaltlich unzulässige Eintragung von Amts wegen löschen müßte (KGJ 44, 182; 46, 204). Hat das Grundbuchamt aber die Ergänzungseintragung vorgenommen und ergibt sich aus dem Zusammenhalt beider Eintragungen eine inhaltlich zulässige Rechtseintragung, so ist die Eintragung der Rechtsänderung als wirksam erfolgt zu erachten (KGJ 46, 205). — Über Unzulässigkeit der Eintragung von Rechten, die nicht in den nach dem BGB geschlossenen Kreis der eintragungsfähigen Rechte fallen, vgl. Vorbem 2 „Eintragungen".

11. Bezüglich des **Grundbuchs** vgl. Vorbem 1 „Einrichtung der Grundbücher".

12. Etwas **anderes** als im § 873 Abs 1 wird hinsichtlich solcher rechtsgeschäftlichen (s. A 1) Rechtsänderungen, die an sich unter § 873 fallen, **vom Gesetz vorgeschrieben** bezüglich des Erfordernisses der Einigung für die Bestellung: einer Hypothek für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 1188); einer Grundschuld auf den Inhaber (§§ 1192, 1195); einer Grundschuld für den Eigentümer (§ 1196). In diesen Fällen genügt auch materiellrechtlich die einseitige Erklärung des Eigentümers, also des Passivbeteiligten, gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek, die Grundschuld bestelle oder daß die Grundschuld für ihn eingetragen werden solle. Vgl. jedoch KGJ 40 A 244, wonach § 1196 keine Ausnahme enthalten soll, weil § 873 das Vorhandensein zweier beteiligter Personen (Berechtigter und Erwerber) voraussetze. Ferner bestimmt das Gesetz Abweichendes bezüglich des Erfordernisses der Eintragung: für die Übertragung einer Briefhypothek und einer Briefgrundschuld (§§ 1154 Abs 1, 1192; RG 69, 279), sowie für die Belastung dieser Rechte mit einem Nießbrauch (§ 1069) oder mit einem Pfandrechte (§§ 1274, 1291); für die Übertragung und die Belastung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder aus einem begebbaren Papier und einer Grundschuld für den Inhaber des Briefes (§§ 793, 1069, § 1187 Satz 3, §§ 1195, 1274, WO Artt 9ff., HGB §§ 363—365). Zum Eintritte dieser Rechtsänderung bedarf es der Eintragung nicht.

13. **Die Beteiligten sind an die Einigung gebunden,** wenn die Eintragung, sei es nachher, sei es vorher, bewirkt ist (s. A 7c „Form der Einigung") oder wenn sie in einer der im Abs 2 bezeichneten Formen stattgefunden hat. Der gesetzgeberische Grund für die Bestimmung des Abs 2 ist, daß einerseits nach erfolgter Eintragung ein Widerruf der Einigung als wider Treu und Glauben verstoßend ausgeschlossen sein, anderseits durch eine Vorschrift, die die Unwiderruflichkeit vor der Eintragung von der Beobachtung gewisser Formen abhängig machte, übereilten und leichtfertigen Verfügungen über Rechte an Grundstücken vorgebeugt werden sollte (M 3, 175; Prot 3, 60ff.). — **Abs 2 enthält keine Formvorschrift.** Die Einigung ist nicht nichtig, wenn sie in keiner der Formen des Abs 2 getätigt ist (§ 125); vielmehr führt auch die formlose Einigung zur wirksamen Rechtsänderung, sofern hierzu die Eintragung hinzutritt, und auch die von vornherein bindende Einigung bedarf des Hinzutretens der Eintragung, um die Rechtsänderung zu bewirken. Lediglich in der Unwiderruflichkeit der Einigung vor erfolgter Eintragung hat die Vorschrift ihre Bedeutung (vgl. A 7c). — Weiter hat die in der Form des Abs 2 erklärte Einigung auch **nicht die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung.** Durch die Beobachtung der Form ist die Einigung zwar bindend geworden, aber mit keiner andern Wirkung, als wie sie sonst einem bindenden Vertrage zukommt (RG 55, 352). Trotz

der bindenden Einigung bleibt der Passivbeteiligte, solange noch nicht die Eintragung bewirkt ist, Inhaber des betreffenden Rechtes, und er ist materiellrechtlich Dritten gegenüber zur anderweiten Verfügung über das Recht nach wie vor befugt; die Bindung gegenüber dem andern Teile, die für sich allein keine Rechtsänderung herbeiführt, hindert ihn daran nicht (RG 55, 342; 66, 288; 73, 53; KGJ 38 A 276; 49, 152; OLG 29, 321). Daher kann er z. B.: wenn er mit dem Aktivbeteiligten die Bestellung einer Hypothek auf seinem Grundstücke bindend vereinbart hat, eine Hypothek für einen andern Gläubiger eintragen lassen; eine unter bindender Einigung abgetretene Buchhypothek an einen andern übertragen und diese Übertragung durch Eintragung vollziehen lassen. Über Schadensersatzanspruch gegen den Dritten, wenn er hierbei gegen die guten Sitten verstößt, nach § 826 vgl. RG 62, 137. — Hat freilich der Aktivbeteiligte auf Grund der bindenden Einigung bereits den Eintragungsantrag (§ 13 GBO) gestellt, so darf nach formellem Grundbuchrechte das Grundbuchamt einem auf Grund anderweiter Verfügung des Passivbeteiligten über das Recht gestellten Eintragungsantrage nicht stattgeben, da es gemäß § 17 GBO zunächst den ersten Antrag zu erledigen hat und dann zufolge der bewirkten Eintragung der Passivbeteiligte nicht mehr Berechtigter ist. Gibt jedoch das Grundbuchamt versehentlich dem zweiten Antrage statt, so ist damit materiellrechtlich die Rechtsänderung gemäß diesem Antrage wirksam vollzogen; und zwar gleichviel, ob der zweite Aktivbeteiligte in gutem Glauben war oder nicht, da nach dem maßgebenden Grundbuche der Passivbeteiligte auch noch zur Zeit der Eintragung Berechtigter war (RG 73, 53). Hat der Passivbeteiligte selbst den ersten Antrag gestellt (§ 13 GBO), so kann er ihn in der Form der §§ 32, 29 Satz 1 GBO zurücknehmen, und dann steht auch formellrechtlich nichts entgegen, gemäß dem zweiten Antrage die Eintragung vorzunehmen. Auf die Wirksamkeit der bindenden Einigung hat die einseitige Zurücknahme des Eintragungsantrags natürlich keinen Einfluß (RG Warn 1911 Nr 83). Vgl. hinsichtlich eines nach erfolgter Auflassung, aber vor Eintragung des Eigentumsübergangs gestellten Antrags auf Eintragung einer Belastung § 925 A 5. — Ist das Eigentum oder sonst ein übertragbares (s. A 2 a. E.) Recht am Grundstücke durch eine bindende Einigung übertragen, so hat der nicht eingetragene, zum Rechtserwerb aber (sofern nicht etwa ein Ausnahmefall, s. A 12, vorliegt) der Eintragung bedürfende Aktivbeteiligte, wenn über das Vermögen des Passivbeteiligten der Konkurs eröffnet wird, trotz der Bindung keinen Aussonderungsanspruch gemäß § 43 KO (OLG 6, 221). Auch hat er im Falle der Zwangsvollstreckung in das Recht seitens eines Dritten nicht ein Widerspruchsrecht gemäß § 771 ZPO, da ihm nicht ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne dieser Vorschrift zusteht (a. M. OLG 4, 38). Über Einflußlosigkeit des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten nach eingetretener Bindung vgl. A 7a und ferner § 925 A 5. — Streitig ist, ob **durch die bindend gewordene Einigung** als solche ein **klagbarer Anspruch begründet** wird. Dies ist zu **verneinen.** Die Einigung ist nicht darauf gerichtet, irgend welche Verpflichtungen zu Leistungen zu begründen, sondern sie hat selbst Leistungsinhalt und ist eine Verfügung, die bei Hinzutreten eines andern (und zwar nicht rechtsgeschäftlichen) Tatumstandes, nämlich der Eintragung in den Fällen des § 873 und der Übergabe bei beweglichen Sachen, eine zufolge eines Grundrechtsgeschäfts bestehende Verpflichtung zu einer Leistung zur Erfüllung bringt (s. A 7, 8; vgl. auch OLG 26, 37; 29, 320; KGJ 46, 175). Daher kann aus der Einigung des § 873, auch wenn sie in einer der Formen des Abs 2 geschlossen ist, nicht auf Beschaffung desjenigen geklagt werden, das etwa zur Vollziehung der Rechtsänderung durch Eintragung noch fehlt. Ebensowenig auf Beseitigung von Hindernissen, die der Vollziehung entgegenstehen (vgl. RG Gruch 58, 1013 [aus einem auf die Einräumung des Pfandrechts an einer Hypothek gerichteten dinglichen Vertrag kann nicht auf Eintragung der Verpfändung geklagt werden, da in dem dinglichen Vertrag für sich allein, z. B. wenn die Verpfändung für fremde Schuld erfolgt ist, nicht auch die schuldrechtliche Verpflichtung zur Pfandbestellung zu finden ist]; SeuffA 65 Nr 15; OLG 5, 157; 29, 320). Vielmehr kann für einen solchen Anspruch das die Verpflichtung zu der Leistung begründende Grundrechtsgeschäft die alleinige Grundlage bieten (vgl. oben RG Gruch 58, 1013). Ist das Grundrechtsgeschäft nichtig, so ist ein solcher Anspruch ausgeschlossen (desgleichen wenn das Grundrechtsgeschäft mit einem andern als dem aus der dinglichen Einigung Berechtigten geschlossen ist; vgl. RG Gruch 58, 1015: Verpfändung einer Hypothek für die Schuld eines andern, schuldrechtlicher Vertrag über Pfandbestellung nur zwischen diesem und dem Verpfänder, nicht auch zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder). Die Einigung, mag sie auch in einer der Formen des § 873 Abs 2 geschlossen sein, kann gemäß § 141 dem nichtigen Grundrechtsgeschäfte keine Kraft gewähren und ihm daher auch nach dieser Richtung nicht zur Begründung eines Anspruchs verhelfen. Ist jedoch das Grundrechtsgeschäft nur anfechtbar (z. B. wegen Irrtums, Betrugs), so kann in der Einigungserklärung des zur Anfechtung Berechtigten eine Bestätigung des Grundrechtsgeschäfts gemäß § 144 liegen (vgl. RG 56, 51; 63, 113; OLG 5, 157; 29, 321). Im Anschluß hieran ist zu bemerken, daß § 873 Abs 2 für die Frage, ob ein auf eine Eintragung gerichteter schuldrechtlicher Vertrag rechtswirksam und für die Ver-

tragschließenden bindend geworden ist, von keiner Bedeutung ist. Z. B. wird ein nicht in der Form des § 313, sondern nur privatschriftlich geschlossener Vertrag über Veräußerung eines Grundstücks nicht dadurch für die Vertragschließenden bindend, daß er dem Grundbuchamt eingereicht (A 16) wird (vgl. **RG** 85, 411). — Um eine bindende Einigung im Sinne des Abs 2 § 873 herbeizuführen, müssen die **Einigungserklärungen beider Teile in einer der Formen des Abs 2** abgegeben worden sein. Hat daher zwar der Passivbeteiligte seine Erklärung formgerecht abgegeben, der Aktivbeteiligte sie aber nicht in einer dieser Formen angenommen, so kann der erstere seine Erklärung (z. B. auch eine gerichtlich oder notariell beurkundete) vor erfolgter Eintragung ebenso wie eine formlos abgegebene widerrufen. Insofern gilt also Abweichendes von den in den §§ 145 ff. für den Vertragsantrag und die Annahme gegebenen Vorschriften. Daraus ist aber nicht zu folgern, daß die zur Bindung führenden Erklärungen stets bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile abgegeben werden müssen. Dies ist nur ausnahmsweise in den Fällen der §§ 925, 1015, 1017 (jetzt VO v. 15. 1. 19), insbesondere für die Auflassung, vorgeschrieben. Abgesehen von diesen Ausnahmefällen kommen auch hier, soweit es sich um gerichtliche oder notarielle Beurkundung der beiderseitigen Einigungserklärungen handelt, die §§ 128, 152 zur Anwendung (vgl. **RG** JW 01, 865). — Über die Verschiedenheit der formellrechtlichen Voraussetzungen für die Vornahme der Eintragung und der materiellrechtlichen Erfordernisse für die Bindung nach Abs 2 § 873 vgl. A 7c.

14. Über **gerichtliche und notarielle Beurkundung** vgl. §§ 167 Abs 1, 168—182 FGG sowie die Artt 141—143 EG (Vorbehalte für die Landesgesetzgebung).

15. **Vor dem Grundbuchamte abgegeben** sind die zur Bindung erforderlichen **Einigungserklärungen** beider Teile (s. A 13) schon dann, wenn sie in mündlicher Form erfolgt sind. Der Aufnahme zu Protokoll bedarf es zu ihrer materiellen Wirksamkeit, insbesondere zur Herbeiführung der Bindung, nicht, wofür auch wesentlich die Gegenüberstellung der gerichtlich oder notariell beurkundeten und der vor dem Grundbuchamt abgegebenen Erklärungen im § 873 Abs 2 spricht. Vgl. über diese streitige Frage die Ausführungen bezüglich der Auflassung in § 925 A 13 „Protokoll", die in gleicher Weise auch für die andern, unter § 873 fallenden Gegenstände der Einigung zu gelten haben (a. M. KGJ 51, 151 unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte, die aber keineswegs ein solches Ergebnis hat, daß sie gegenüber dem Wortlaut des § 873 Abs 2 als maßgebend zu erachten wäre, und auf **RG** 50, 83, aus dessen beiläufiger Bemerkung jedoch eine Bestätigung der Ansicht nicht entnommen werden kann). Formellrechtlich ist aber zur Begründung des Eintragungsantrags (§ 13 GBO) erforderlich, daß (wenn es sich nicht um Auflassung handelt, § 20 GBO) mindestens die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten (§ 19 GBO) zu Protokoll genommen wird, da nur dann die für die Eintragung nach § 29 Satz 1 GBO erforderliche Form erfüllt ist. — Daß die Erklärungen gleichzeitig von beiden Teilen vor dem Grundbuchamt abgegeben werden, ist, abgesehen von den Ausnahmefällen der §§ 925, 1015, 1017 (VO v. 15. 1. 19), nicht vorgeschrieben. — Darüber, welche Behörde das „Grundbuchamt" ist, vgl. § 925 A 12.

16. Daß die **bei dem Grundbuchamt eingereichten Einigungserklärungen** beider Teile, um die Bindung zu bewirken, einer Form bedürfen, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben, während bei der letzten Bindungsform des Abs 2 eine „den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende" Eintragungsbewilligung erfordert ist. Die „Erklärungen" sind daher „bei dem Grundbuchamt" eingereicht, auch wenn nur privatschriftliche Urkunden, enthaltend die Erklärungen, eingereicht worden sind (str.), und ein Widerruf findet dann nicht statt. Die Erklärungen müssen von den Beteiligten oder mit ihrem Willen dem Grundbuchamte eingereicht sein; denn erst durch diese Einreichung bei der Behörde mit ihrem Willen werden die zur Bindung führenden Erklärungen vollendet. — Formellrechtlich aber bedarf es zur Begründung des Eintragungsantrags (§ 13 GBO) der Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten (§ 19 GBO) in einer der im § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebenen Formen. Über „Grundbuchamt" vgl. § 925 A 12.

17. Eine **den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung** des Berechtigten, deren Aushändigung an den andern Teil ebenfalls (s. A 14, 15, 16) die Bindung herbeiführt, ist die Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten im Sinne des § 19 GBO, die der Form nach die Vorschrift des § 29 Satz 1 und dem Inhalte nach die Vorschrift des § 28 GBO erfüllt. Einer körperlichen Aushändigung der Eintragungsbewilligung bedarf es nicht unbedingt. Wenn z. B. die Bewilligung in einem zwischen dem Bewilligenden und dem andern Teile geschlossenen notariellen Vertrage enthalten ist, so muß sie als mit dem Abschluß der notariellen Verhandlung dem andern Teile zugegangen gelten, ohne daß es der Aushändigung einer Ausfertigung der Verhandlung, die sich der andere Teil selbst jederzeit beschaffen kann, bedarf (KGJ 49, 155).

§ 874

Bei der Eintragung eines Rechtes, mit dem ein Grundstück belastet wird[1], kann[2] zur näheren Bezeichnung[3] des Inhalts des Rechtes[4] auf die Eintragungsbewilligung[5] Bezug genommen werden[6], soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt[7].

E I 962, 969, 982, 1048, 1054 II 795; M 3 472, 483, 495, 586 f.; P 3 283 f., 310 f., 384, 437, 735 762; 4 586.

1. § 874 findet nach seinem klaren Wortlaute nur Anwendung auf die **Eintragung eines ein Grundstück belastenden Rechtes,** also auf die Eintragung eines Erbbaurechts (§ 1012, VO v. 15. 1. 19), einer Dienstbarkeit (§§ 1018, 1030, 1090), eines Vorkaufsrechts (§ 1094), einer Reallast (§ 1105); an sich auch einer Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, vgl. jedoch A 7. Die Eintragung des Eigentumsübergangs, wodurch das Grundstück nicht „belastet" wird, fällt nicht darunter. Aber auch nicht die Eintragung eines Rechtes an einem Grundstücksrechte, der Belastung einer Belastung; denn dadurch wird nicht das „Grundstück" belastet. Daß dies der Wille des Gesetzes ist, erhellt auch deutlich daraus, daß im § 874 nicht, wie im vorangehenden § 873, neben der Belastung des Grundstücks auch die Belastung der Belastung genannt und daß im nachfolgenden § 877 nur auf die „Änderung des Inhalts" einer Grundstücksbelastung die Anwendung des § 874 vorgeschrieben ist. Daher können die als zulässige Belastungen von Grundstücksbelastungen in Betracht kommenden (s. § 873 A 5) Nießbrauchsrechte und Pfandrechte an Reallasten, Hypotheken, Grundschulden nicht durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur materiell wirksamen Eintragung gebracht werden (str., a. M. RJA 7, 273; KGJ 48, 181). Auch Vormerkungen gehören nicht hierher, da sie keine das Grundstück belastenden „Rechte" im Sinne dinglicher Rechte sind (Prot 4, 586). Für sie trifft § 885 Abs 2 besondere Bestimmung. Ferner findet § 874 auf Verfügungsbeschränkungen, auch soweit sie sich nicht auf Grundstücksbelastungen, sondern auf das Grundstück selbst beziehen, keine Anwendung. Denn sie gewähren kein Recht „am" Grundstück und dieses wird nicht „mit" ihnen belastet; vielmehr schränken sie nur das Eigentumsrecht ein (str.; vgl. RG 89, 159; KGJ 45, 255 sowie A 4). Jedenfalls muß bei Verfügungsbeschränkungen (Veräußerungsverboten) zugunsten einer bestimmten Person die begünstigte Person im Eintragungsvermerk selbst genannt werden (RG JW 00, 572[21]; KGJ 45, 254; vgl. A 4); eine Ausnahme hiervon macht nur die Eintragung der (nach §§ 20, 23 ZVG als Veräußerungsverbot nur zugunsten des betreibenden Gläubigers wirkenden) Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung (auch der Eröffnung des Konkursverfahrens), was aber auf Sondergesetz beruht (RG JW 00, 572[21]; KGJ 45, 256). Wegen Zulässigkeit der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bei Rangänderungen vgl. § 880 A 4.

2. **Es kann Bezug genommen werden.** In dem Ermessen des Grundbuchamts steht es also, ob und inwieweit es von dieser Befugnis Gebrauch machen, was es in den Vermerk selbst aufnehmen und was es durch Bezugnahme mittelbar zur Eintragung bringen will; an Anträge der Beteiligten ist es in dieser Hinsicht nicht gebunden (RG 50, 153; KGJ 24 A 127; 32 A 252; RJA 4, 42; OLG 4, 198). Jedoch wird, weil die Vorschrift den Zweck hat, die Überlastung und Unübersichtlichkeit des Grundbuchs zu verhüten, von dem Eintragungsvermerke alles fernzuhalten sein, was durch Bezugnahme als eingetragen gelten kann (RG 50, 153; 54, 88). Anderseits ist, da die Vorschrift des § 874 eine materiellrechtliche ist, die Eintragung unwirksam und das eingetragene Recht nicht zur Entstehung gelangt, wenn die Grenze der zugelassenen Bezugnahme überschritten ist und der Eintragungsvermerk nicht das enthält, was in ihn selbst (s. A 3) aufgenommen werden muß (vgl. KGJ 49, 170).

3. Nur **zur näheren Bezeichnung** des Rechtsinhalts kann Bezug genommen werden. Daraus folgt, daß das Recht selbst und sein Inhalt, soweit es zur Kennzeichnung des Rechtes nach seiner allgemeinen rechtlichen Natur und seiner besonderen Art erforderlich ist, in dem Eintragungsvermerke dargestellt werden müssen (RG 89, 159; KGJ 23 A 134; 49, 169). Bei solchen Rechten, die im BGB erschöpfend geregelt sind, genügt die Benennung nach dem BGB (z. B. Nießbrauch, Vorkaufsrecht; KGJ 26 A 273). Ist von dem Gesetze Abweichendes vereinbart, so kann hierauf „zur näheren Bezeichnung des Inhalts" Bezug genommen werden. Bei andern Belastungen, abgesehen von den hypothekarischen (s. A 7), stellt der gesetzliche Name für sich allein noch nicht den Inhalt dar (z. B. Grunddienstbarkeit, beschränkte persönliche Dienstbarkeit, Reallast). Hier muß im Eintragungsvermerke selbst der Inhalt enger umgrenzt und genauer beschrieben werden (z. B. Wegerecht, Wohnungsrecht, Umfang der Belastung bei der Reallast); nur im übrigen ist eine Bezugnahme gestattet (vgl. RJA 2, 193; OLG 8, 301). — Als Ausnahmevorschrift hat in letzterer Hinsicht die Bestimmung des § 50 GBO zu gelten, wonach es bei der Eintragung eines Leibgedinges (Altenteils, Auszugs) nicht der Bezeichnung der einzelnen

Rechte bedarf. Gleiches bestimmt § 84 GBO für die in Artt 63, 68 EG bezeichneten Rechte (Erbpachtrecht, Abbaurecht usw.).

4. Nur hinsichtlich des **Inhalts des Rechtes,** d. h. der Gesamtheit der aus der Rechtsbegründung sich ergebenden Befugnisse des Berechtigten (vgl. KGJ 49, 189; 50, 185), ist die Bezugnahme gestattet. Daher bedürfen der Aufnahme in den Eintragungsvermerk selbst z. B.: die Bezeichnung des Berechtigten (vgl. RG 89, 159; JW 00, 572[21]; KGJ 23 A 134; 45, 256); eine Bedingung oder Befristung, von welcher der Bestand des Rechtes selbst abhängig gemacht ist (vgl. KGJ 48, 182; 49, 189; 50, 188); Bestimmungen über das Rangverhältnis (§ 879 Abs 3; RG 3. 3. 08 II 491/07); der Rangvorbehalt (§ 881; vgl. dort A 6); der Höchstersatz für den Fall der Zwangsversteigerung nach § 882. Vgl. auch GBO § 48 (Rechte mehrerer), § 49 (Belastung mehrerer Grundstücke). Hält man auf sog. relative Veräußerungsverbote im Sinne des § 135, die sich als Verfügungsbeschränkungen darstellen (s. § 878 A 3), § 874 überhaupt für anwendbar (s. dagegen A 1), so müssen bei ihrer Eintragung jedenfalls die Personen, deren Schutz sie bezwecken, im Grundbuche selbst bezeichnet werden und genügt in dieser Hinsicht keinesfalls die Bezugnahme auf die urkundlichen Unterlagen; denn die geschützten Personen gehören überhaupt nicht zum „Inhalt" des Verbots, sondern sie sind Wesensbestandteil, sie geben erst das notwendige Kennzeichen für die Art des erlassenen Verbots (RG 89, 159; JW 00, 572[21]). — Soll einem Recht (z. B. einer Grunddienstbarkeit), soweit dies nach dem BGB zulässig ist, ein Inhalt gegeben werden, wie er dem früheren Recht eigentümlich war, so genügt nicht eine Bezeichnung des Rechtes nach den nicht mehr in Geltung befindlichen Vorschriften, sondern muß das Recht mit seinem gesamten gewollten Inhalt eingetragen werden oder, wenn auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird, diese den gesamten Rechtsinhalt enthalten (KGJ 26 A 271).

5. Die **Eintragungsbewilligung** ist die des Passivbeteiligten gemäß § 19 GBO. Daß die betreffende Urkunde, auf die Bezug genommen wird, als Eintragungsbewilligung bezeichnet wird, ist im § 874 nicht vorgeschrieben. Es genügt materiellrechtlich, daß die Urkunde tatsächlich die Eintragungsbewilligung enthält (str., OLG 16, 183). Jedoch zweckmäßig ist die Bezeichnung, um Zweifel zu vermeiden (KGJ 21 A 142). Daß die Eintragungsbewilligung „eine den Vorschriften der GBO entsprechende" ist, ist im § 874 nicht, wie im § 873 Abs 2, vorgeschrieben. Daher ist die Bezugnahme materiellrechtlich auch dann wirksam, wenn die Eintragungsbewilligung nicht in der Form des § 29 GBO erklärt ist. Ist eine das Recht näher beschreibende Urkunde der Eintragungsbewilligung beigefügt und darin auf die Urkunde verwiesen, so ist sie als Teil der Eintragungsbewilligung anzusehen und daher eine Bezugnahme auch auf sie gestattet (vgl. OLG 4, 81; 8, 301; KGJ 48, 175). Formellrechtlich ist dabei nicht erforderlich, daß, wenn die Eintragungsbewilligung zu notariellem Protokoll erklärt ist, die Urkunde eine Anlage des Protokolls (§ 176 Abs 2 FGG) bildet, sofern sie nur unzweideutig bezeichnet und zu den Grundakten vorgelegt ist (KGJ 48, 175). Ist die Eintragungsbewilligung eine nur öffentlich beglaubigte und die Verbindung mit der Urkunde keine körperliche, so ist der Beweissicherung halber zur Vornahme der Eintragung vom Grundbuchrichter zu erfordern, daß die Urkunde gleichfalls eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde und so genau bezeichnet ist, daß kein Zweifel darüber bestehen kann, welches die in Bezug genommene Urkunde ist (KGJ 48, 178). Auch auf Karten und Zeichnungen kann die Eintragungsbewilligung (z. B. bei der Bestellung einer Grunddienstbarkeit, deren Ausübung auf einen bestimmten Teil des dienenden Grundstücks beschränkt sein soll) zur näheren Beschreibung und Verdeutlichung des in ihr Erklärten Bezug nehmen; jedoch ist zu erfordern, daß die Karten oder Zeichnungen öffentliche Urkunden im Sinne des § 415 ZPO, also von einer öffentlichen Behörde innerhalb ihrer Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form ausgestellt sind (KGJ 50, 131). — Ein Urteil, wodurch der Passivbeteiligte zur Bewilligung der Eintragung gemäß § 894 ZPO verurteilt worden, ist auch hinsichtlich der Bezugnahme der freiwilligen Eintragungsbewilligung gleichzustellen (OLG 26, 4). Das gleiche hat für Eintragungsersuchen von Behörden gemäß § 39 GBO zu gelten, da sie ebenfalls die Eintragungsbewilligung ersetzen (vgl. OLG 8, 301). Einstweilige Verfügungen kommen für § 874 nicht in Betracht, da sie nicht zur Eintragung „belastender Rechte" führen (vgl. § 885 Abs 2); ferner nicht Arrestbefehle und vollstreckbare Schuldtitel wegen Geldforderungen, da für die auf ihrer Grundlage einzutragenden Sicherungshypotheken (§§ 867, 932 ZPO) die Vorschriften über die Hypothek (s. A 7) gelten.

6. Durch die eingetragene **Bezugnahme,** soweit sie zulässig ist, gilt der Inhalt der Eintragungsbewilligung mit der Wirkung als eingetragen, daß er unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892) steht (vgl. RG 57, 284). Dem entsprechen die §§ 9, 11 GBO, wonach die Eintragungsbewilligung vom Grundbuchamte aufzubewahren ist und von jedem, der ein berechtigtes Interesse darlegt eingesehen werden kann. Dagegen stehen der Eintragungsbewilligung in jener Hinsicht nicht gleich noch nicht erledigte Eintragungsanträge, wiewohl sie ihr im § 11 GBO gleichgestellt sind (RG 57, 284).

7. Etwas **anderes schreibt das Gesetz vor** bezüglich der Hypothek, der Grundschuld und der Rentenschuld in den §§ 1115, 1116 Abs 2, 1184 Abs 2, 1189 Abs 1, 1192, 1195, 1199. Vgl. auch § 800 ZPO (Zwangsvollstreckungsklausel, dazu RJA 4, 270; KGJ 45, 261 [keine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung; im Falle der Zinserhöhung nochmalige Eintragung]). — Ist in derartigen Fällen oder bei Eintragungen, bei denen eine Bezugnahme nach § 874 an sich zulässig ist, über „nähere Bezeichnung des Inhalts des Rechtes" hinaus (s. A 3, 4) Wesentliches nur durch Bezugnahme, nicht durch Aufnahme in den Eintragungsvermerk selbst zur Eintragung gebracht worden, so ist das Eingetragene rechtsunwirksam (**RG** 89, 159; JW 00, 572[21]) und auch im Sinne des § 54 Abs 1 Satz 2 GBO inhaltlich unzulässig (KGJ 45, 231; 45, 256).

§ 875

Zur Aufhebung[1]) eines Rechtes an einem Grundstück[2]) ist, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt[3]), die Erklärung[4]) des Berechtigten[5]), daß er das Recht aufgebe, und die Löschung[6]) des Rechtes im Grundbuch erforderlich. Die Erklärung ist dem Grundbuchamt[7]) oder demjenigen gegenüber abzugeben, zu dessen Gunsten sie erfolgt[8]).

Vor der Löschung ist der Berechtigte an seine Erklärung nur gebunden[9]), wenn er sie dem Grundbuchamte gegenüber[10]) abgegeben oder demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Löschungsbewilligung[11]) ausgehändigt hat[12]).

E I 834, 960, 965, 977, 1015, 1048, 1061 II 796; M 3 200 f., 460 ff., 474, 489, 531, 568, 593; P 3 69 ff.; 6 232 f.

1. Nur die **Aufhebung durch Rechtsgeschäft** ist Gegenstand der Bestimmung des § 875, wie sich daraus ergibt, daß eine Erklärung des Berechtigten erfordert wird (vgl. § 873 A 1, 2). Über Aufhebung von Rechten an Grundstücken auf anderer Grundlage vgl. §§ 158, 163 (auflösende Bedingung, Endtermin, s. § 24 GBO), §§ 901 f. (Verjährung gelöschter und eingetragener Rechte), 927 (Ausschluß des Eigentümers), 1025 ff., 1028 (Erlöschen der Grunddienstbarkeit), 1061, 1060 (Tod des Berechtigten beim Nießbrauch, bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, s. § 23 GBO), 1104, 1112 (Ausschluß des unbekannten Berechtigten beim Vorkaufsrecht, bei der Reallast), 1173 ff., 1181 f., 1192, 1200 (Erlöschen von Gesamt-, Hypotheken- und Grundschuldrechten, Erlöschen von hypothekarischen Rechten durch Vollstreckungsbefriedigung); ferner EG Art 109 (Enteignung), 113 (Zusammenlegung), 120 (Unschädlichkeitszeugnis) und §§ 52, 91, 158 ZVG (Erlöschen von Rechten infolge Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung). Vgl. auch § 47 Abs 2 GBO (Erlöschen eines auf ein anderes Grundbuchblatt nicht mit übertragenen Rechtes).

2. Über **Grundstücke** und die **Rechte daran** vgl. § 873 A 4, 6. Auch die Eigentümergrundschuld ist ein Recht am Grundstück im Sinne des § 875. Zu ihrer Aufhebung bedarf es der Aufgabeerklärung des Eigentümers (**RG** 66, 288; 73, 174; RJA 11, 63). — Die Aufhebung von Rechten an den ein Grundstück belastenden Rechten betrifft § 875 nicht. In Betracht kommen in dieser Hinsicht Nießbrauch und Pfandrecht an Reallasten, Hypotheken und Grundschulden (s. § 873 A 5). Ihre Aufhebung erfolgt nach den für die Aufhebung solcher Rechte an beweglichen Sachen geltenden Vorschriften; einer Eintragung bedarf es zu ihrer Aufhebung nicht (§§ 1063, 1064, 1072 bzw. 1252, 1255, 1256, 1273, vgl. § 27 Abs 2 GBO). Ferner findet § 875 keine Anwendung auf andere Eintragungen, die sich nicht als das Grundstück belastende Rechte (s. § 874 A 1) darstellen, wie Vormerkungen, Widersprüche, Verfügungsbeschränkungen (vgl. § 25 GBO), und auch nicht auf Rechtsverhältnisse, die nicht eintragungsfähig sind (s. Vorbem 2 vor § 873). — Das Erbbaurecht ist ein Recht am Grundstücke. Daher findet § 875 zunächst insoweit Anwendung, als das Recht selbst aufgegeben werden soll (vgl. RJA 8, 280). Da das Recht aber nach § 1017 Abs 1, jetzt VO v. 15. 1. 19 § 11, den Grundstücken gleichsteht, ist § 875 auch für die Aufhebung der das Erbbaurecht belastenden Rechte maßgebend. Vgl. über die Anwendung des § 875 bezüglich der der landesgesetzlichen Regelung vorbehaltenen Erbpachtrechte und Abbaurechte EG Artt 63, 68 (vgl. RJA 8, 278).

3. Ein **anderes schreibt das Gesetz vor** bezüglich der hier allein in Betracht kommenden rechtsgeschäftlichen (s. A 1) Aufhebung von Grundstücksbelastungen: bei der Aufgabe des Eigentums (§ 928: Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte; über Nichtanwendbarkeit dieser Vorschrift beim Verzicht auf das Erbbaurecht und auf das Erbpachtrecht [Art 63 EG] vgl. VO v. 15. 1. 19 § 11; RJA 8, 278); bei dem Verzicht auf hypothekarische Rechte und bei der Aufhebung solcher Rechte (§§ 1168 Abs 2, 1178 Abs 2, 1183, 1192, 1220: Eintragung des Verzichts, Zustimmung des Eigentümers). — Jedoch führt der Verzicht auf hypothekarische Rechte überhaupt nicht zur Aufhebung der Rechte, insbesondere der Hypothek. Vielmehr erwirbt

gemäß § 1168 Abs 1 der Eigentümer die Hypothek. Dagegen ist die davon verschiedene Aufhebung allerdings auf Beseitigung der Hypothek durch Löschung gerichtet. Sie hat aber auch noch die Besonderheit, daß, weil der Eigentümer durch die Aufhebung das Recht auf Erwerb der Hypothek verliert, seine Zustimmung zu der Aufhebung gemäß § 1183 (vgl. auch § 27 GBO) erforderlich ist (auch zur Entpfändung eines Grundstücksteils, KGJ 25 A 315; RJA 11, 155; vgl. § 1175 A 3, § 1183 A 1). Ferner schließen sich Aufhebungserklärung (Löschungsbewilligung) und Zustimmung auch nicht zu einem Vertrage zusammen, sondern jede der beiden Erklärungen ist ein einseitiges Rechtsgeschäft für sich (RJA 10, 240; KGJ 24 A 218; 25 A 274; 27 A 48). Über Zinsherabsetzung bei einer Hypothek vgl. § 1119 A 3. Ist die Löschung einer Gesamthypothek nur in bezug auf eines der gesamtbelasteten Grundstücke bewilligt und beantragt, so darf die Hypothek nur auf dem einen Grundstück, nicht ohne weiteres auch auf den übrigen mithaftenden Grundstücken gelöscht werden, da nach § 1175 Abs 1 Satz 2 die Hypothek trotz des Verzichts auf sie bezüglich des einen Grundstücks an den übrigen Grundstücken Bestand behalten kann (KGJ 21 A 169; 45, 251; a. M. RJA 11, 246). — Über die Aufhebung der nach früherem Rechte begründeten, nicht eingetragenen Grundstücksbelastungen vgl. Art 189 Abs 1, 3 EG. — Ist das aufzuhebende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so bedarf es zur Aufhebung gemäß § 876 der Zustimmung des Dritten (s. A 9).

4. Die **Erklärung, das Recht aufzugeben,** genügt unter Hinzutreten der Löschung zur Aufhebung des Rechtes. Einer Einigung mit dem Aktivbeteiligten, wie sie § 873 für die Begründung eines Rechtes an einem Grundstücke erfordert, bedarf es aus Gründen der Verkehrserleichterung nicht, wiewohl zum Schulderlaß nach § 397 Abs 1 ein Vertrag erforderlich ist. Die Verzichtserklärung ist aber ebenso wie die Einigung ein abstraktes Rechtsgeschäft; nur ist sie nicht wie diese ein Vertrag (s. § 873 A 7), sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft (RJA 10, 240; KGJ 24 A 218; 25 A 273; 27 B 48; OLG 4, 492; 7, 49). Aus der Rechtsgeschäftsnatur folgt zunächst, daß auf sie die Vorschriften des Allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte (§§ 104ff.), mit Ausnahme derjenigen über Verträge (§§ 145—157), Anwendung finden. Vgl. hierüber die Ausführungen bezüglich der Einigung in § 873 A 7a „Vertragsnatur", die entsprechend auch auf die Verzichtserklärung zutreffen, und insbesondere über Anfechtbarkeit einer Verzichtserklärung (Löschungsbewilligung) wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung vgl. **RG** 88, 286. Weiter folgt aus der abstrakten Natur der Erklärung: Ihr rechtlicher Bestand ist unabhängig von dem obligatorischen Grundrechtsgeschäfte, zu dessen Erfüllung sie bewirkt wird. Insbesondere erstreckt sich die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Grundrechtsgeschäfts nicht ohne weiteres auch auf sie. Vielmehr gibt sie dem Verzichtenden (Passivbeteiligten), wenn nicht etwa die Verzichtserklärung selbst unwirksam ist, nur einen persönlichen Anspruch gegen den durch die Aufhebung des Rechtes Begünstigten (Aktivbeteiligten) auf Rückgängigmachung der Aufhebung, also auf Wiedereintragung des gelöschten Rechtes. Umgekehrt kann, wenn die Verzichtserklärung nichtig, dagegen das Grundrechtsgeschäft gültig ist, auf Grund des letzteren von dem Aktivbeteiligten Abgabe einer neuen rechtsgültigen Verzichtserklärung gefordert werden. Vgl. hierüber die Ausführungen bezüglich der Einigung in § 873 A 7b „abstrakte Natur", die für die Verzichtserklärung ebenfalls entsprechend zu gelten haben. — Auch hinsichtlich der Form folgen ebenso, wie bei der Einigung, die Verzichtserklärung und das Grundrechtsgeschäft ihren besonderen Regeln. Das Grundrechtsgeschäft, also die vertragsmäßige Übernahme der Verpflichtung zum Verzicht auf ein Recht an einem Grundstücke, bedarf regelmäßig keiner Form (**RG** JW 04, 7[4]; vgl. jedoch für den Fall der schenkungsweisen Verpflichtung zur Löschung **RG** JW 1911, 37[17]). Auf Grund eines solchen in der Regel auch bei formlosem Abschlusse bindenden Grundrechtsgeschäfts kann nicht nur die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung durch Abgabe der Verzichtserklärung und Einwilligung in die Löschung verlangt, sondern auch einer etwaigen klageweisen Geltendmachung des Rechtes einredeweise widersprochen werden (**RG** Gruch 48, 350). Die Verzichtserklärung bedarf materiellrechtlich einer Form nicht. Auch wenn sie formlos abgegeben ist und die Löschung hinzutritt, wird die Aufhebung des Rechtes wirksam vollzogen. Jedoch kann sich aus landesrechtlichen Vorschriften, die neben dem BGB bestehen, die Notwendigkeit einer Form für die Verzichtserklärung ergeben (z. B. Genehmigung des Kreisausschusses bei Verzicht einer Gemeinde nach § 114 PrLGO v. 3. 7. 91). Ist wegen Nichtbeobachtung solcher Form die Verzichtserklärung nichtig, so bleibt das Recht trotz seiner Löschung außerhalb des Grundbuchs bestehen (**RG** 82, 22; vgl. A 6). — Die Erklärung braucht nicht das Wort „aufgeben" zu enthalten. Gleich steht eine Erklärung dahin, daß auf das Recht verzichtet werde (Prot 3, 616; **RG** 78, 69; s. jedoch hinsichtlich der Hypothek A 3 hier und § 1168 A 1). Ferner enthält Bewilligung der Löschung des Rechtes eine Aufgabeerklärung (s. RJA 10, 238; KGJ 38 A 275; 43, 147; vgl. jedoch hinsichtlich der Löschungsbewilligung des Hypothekengläubigers § 1168 A 3). Auch finden wegen der Frage, ob eine Willensäußerung, insbesondere auf Grund des Grundrechtsgeschäfts, als Aufgabeerklärung zu deuten ist, die Auslegungsvorschriften

der §§ 133, 154 Anwendung (**RG** Gruch 54, 887). — Bezüglich der zeitlichen Aufeinanderfolge der beiden Erfordernisse für die Aufhebung, die Verzichtserklärung und die Löschung, ist im Gesetze nichts bestimmt. Daher kann die erstere auch noch nach der letzteren wirksam abgegeben werden. Jedoch besteht, je nachdem die Verzichtserklärung oder die Löschung vorangeht, insofern eine Verschiedenheit in der Wirkung, als eine formlose Verzichtserklärung nur im Falle nachfolgender bzw. vorausgegangener Löschung unwiderruflich ist. — Soll sie schon vor bewirkter Löschung bindend sein, so muß sie in einer der beiden Formen des Abs 2 § 875 abgegeben werden. Anderseits wird das Grundrechtsgeschäft, wenn es ausnahmsweise einer Form bedarf und es dieser Form entbehrt, nicht dadurch gültig, daß es die für die Bindung der Verzichtserklärung vorgeschriebene Form erfüllt. Vgl. in allen diesen Beziehungen die näheren Ausführungen hinsichtlich der Einigung in § 873 A 7c „Form der Einigung und des Grundrechtsgeschäfts", die hier entsprechend Anwendung finden. — Formellrechtlich bedarf es zur Vornahme der Löschung gemäß §§ 19, 29 GBO der in einer der Formen des § 29 Satz 1 erklärten Bewilligung der Löschungseintragung seitens des das Recht Aufgebenden, des Passivbeteiligten. — Verweigert der Passivbeteiligte die Abgabe der Verzichtserklärung, wiewohl er zufolge des schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäfts dazu verpflichtet ist, so kann die Verzichtserklärung gemäß §§ 894ff. ZPO durch Urteil ersetzt werden. Vgl. hierüber die entsprechend zur Anwendung kommenden näheren Ausführungen bezüglich der Einigungserklärung in § 873 A 7d „Ersatz der Einigung". — Einen eigenartigen Anspruch auf Verzicht bezüglich einer Hypothek gewährt § 1169.

5. Der **Berechtigte** ist der Inhaber des Rechtes, das aufgegeben werden soll (z. B. im Falle der Aufhebung einer Eigentümergrundschuld der Eigentümer; s. § 1163 A 3). Er muß nicht nur geschäftsfähig sein, sondern auch befugt, über das Recht zu verfügen. Die Verzichtserklärung ist für sich allein eine Verfügung, und zwar durch einseitiges Rechtsgeschäft; nicht liegt erst dann eine Verfügung vor, wenn zu der Verzichtserklärung die nichtrechtsgeschäftliche Löschungseintragung hinzugetreten ist (OLG 4, 492; 7, 50; KGJ 24 A 218; 25 A 276; RJA 9, 276). Vgl. hierüber das Nähere in § 873 A 8 „Verfügungsbefugnis des Berechtigten". Auf die Form der Erklärung kommt es dabei nicht an, insbesondere nicht darauf, daß die Erklärung in einer der im Abs 2 für die Bindung vorgeschriebenen Formen abgegeben ist. Auch die formlose Erklärung enthält eine Verfügung, wenn sie gegenüber dem Grundbuchamte oder dem Begünstigten abgegeben und diesem (mit dem Willen des Erklärenden; s. A 7) zugegangen ist. Denn sie ist dann gemäß §§ 130, 875 Abs 1 Satz 2 wirksam und, falls sie nach der Löschung abgegeben worden ist, unwiderruflich. Auch im andern Falle führt sie, sofern sie nicht noch widerrufen wird, bei Hinzutritt der Löschung zur rechtsgültigen Aufhebung des Rechtes (a. M. KGJ 25 A 276; OLG 7, 50, wonach nur die in bindender Form abgegebene Verzichtserklärung eine Verfügung enthalten soll). — Ist der den Verzicht Erklärende in Wirklichkeit nicht Inhaber des Rechtes, so hängt die Rechtsgültigkeit der Verzichtserklärung gemäß § 185 von der vorherigen Zustimmung (Einwilligung, § 185) oder der nachträglichen Zustimmung (Genehmigung, § 184) des Berechtigten ab. Fehlt diese Zustimmung, so ist auch die auf Grund der Verzichtserklärung etwa erfolgte Löschungseintragung nichtig und ist das Recht materiell bestehengeblieben. Der Berechtigte kann gemäß § 894 die Berichtigung des durch die Löschung unrichtig gewordenen Grundbuchs, also die Wiedereintragung des Rechtes in dem früheren Rechtszustande, insbesondere auch hinsichtlich des Ranges, verlangen (vgl. KGJ 33 A 278). — Ist der Verzichtende zwar Berechtigter, bedarf er aber zur Wirksamkeit einer durch einseitiges Rechtsgeschäft erfolgenden Verfügung über das Recht der vorherigen Zustimmung (Einwilligung) eines Dritten (wie z. B. eine Ehefrau nach §§ 1395, 1398 der Einwilligung des Mannes), so muß die Zustimmung des Dritten zu der Verzichtserklärung, wenn diese rechtsgültig sein soll, vor Zugehen der Erklärung an das Grundbuchamt oder an den Begünstigten erfolgt sein. Gleiches gilt, wenn der Verzichtende ein Minderjähriger ist, hinsichtlich der zur Wirksamkeit der Verzichtserklärung gemäß § 111 erforderlichen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) macht in diesen Fällen die Verzichtserklärung nicht gültig, da nichtige Rechtsgeschäfte gemäß § 141 überhaupt nicht durch Genehmigung geheilt werden können (KGJ 25 A 277; OLG 7, 51). Was jedoch den Nachweis der Einwilligung als Voraussetzung für die vom Grundbuchamte vorzunehmende Löschungseintragung anlangt, so wird, wenn in der nämlichen, die Formvorschrift des § 29 Satz 1 GBO erfüllenden Urkunde (z. B. in einem notariellen Protokolle) zunächst der Verzicht und dann die Genehmigung dazu erklärt wird, daraus in der Regel auch als formgerecht (§ 29 Satz 1 GBO) nachgewiesen entnommen werden können, daß die Einwilligung schon vor dem Verzicht erklärt worden ist (vgl. OLG 4, 492). Wenn dies aber auch nach besonderer Lage des Falles abzulehnen sein sollte, wird doch in der fraglichen Genehmigungserklärung eine Einwilligung dann zu finden sein, wenn erst nachher die Verzichtserklärung dem Grundbuchamte vor der Eintragung von seiten des Verzichtenden zugeht, da dann eine gemäß § 182 Abs 1 er-

klärte und auch in der Form des § 29 Satz 1 GBO abgegebene Zustimmung vor Wirksamwerden der Verzichtserklärung vorliegt (KGJ 25 A 277; OLG 7, 51). — Ist der *Berechtigte bevormundet* und bedarf die Aufgabe des Rechtes (z. B. einer Hypothek gemäß § 1822 Nr 13) seitens des Vormundes der Genehmigung des Vormundschaftsge ichts, so muß die Genehmigung gemäß § 1831 ebenfalls vor der Verzichtserklärung erteilt worden sein (KGJ 21 A 198; 24 A 218, auch 27 A 170). Jedoch ist aus gleichem Grunde, w e in den vorgenannten Fällen, eine vorhergehende Genehmigung auch dann anzunehmen, wenn sie zwar erst nach der Verzichtserklärung erteilt ist, diese aber erst später dem Grundbuchamte (oder auch dem bei der Verzichtserklärung nicht zugegen gewesenen Begünstigten) seitens des Vormundes zugeht (KGJ 24 A 219). — Daß der *Berechtigte als solcher eingetragen* ist, wird vom Gesetze zur rechtsgültigen Aufhebung nicht erfordert. Wenn er wirklich Berechtigter ist, braucht er nicht eingetragen zu sein. Nach der Ordnungsvorschrift des § 40 Abs 1 GBO soll allerdings, wenn nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 40 Abs 2, 41 GBO vorliegt, eine Eintragung, also auch eine Löschung, nur erfolgen, wenn der durch die Eintragung Betroffene als der Berechtigte eingetragen ist. Auch materiellrechtlich sind die Fälle, in denen eine Berechtigung ohne Eintragung besteht, nur Ausnahmefälle. In der Regel ist zur Erlangung der Berechtigung die Eintragung notwendig (vgl. § 873 A 8).

6. *Verzichtserklärung* (Aufgabeerklärung) und **Löschung des Rechtes** müssen *zusammentreffen*, um die Aufhebung des Rechtes herbeizuführen (vgl. KGJ 23 A 244; 38 A 275; 43, 151). Solange die Löschung nicht bewirkt worden ist, bleibt trotz eines, sei es auch gemäß Abs 2 § 875 bindend erklärten, Verzichts das Recht bestehen, und der Verzichtende Berechtigter. Insbesondere wird letzterer durch seine Verzichtserklärung in der Verfügung über das Recht im Verhältnisse zu Dritten nicht beschränkt (**RG** 66, 288; KGJ 38 A 276; 49, 152). Ist jedoch bereits der Antrag auf Löschung (§ 13 GBO) mit der Verzichtserklärung beim Grundbuchamte eingegangen, so hat dieses, wenn ein weiterer Eintragungsantrag eingeht, der eine andere Verfügung über das Recht betrifft, gemäß § 17 GBO zunächst den ersten Antrag durch Bewirkung der Löschung zu erledigen und dann den zweiten Antrag, soweit er nun nicht mehr begründet ist, zurückzuweisen (vgl. § 873 A 13). Liegt anderseits einer bewirkten Löschung eine Verzichtserklärung nicht zugrunde oder ist diese nichtig oder mit Erfolg angefochten, so ist auch die Löschung nichtig und bleibt das Recht außerhalb des Grundbuchs bestehen (**RG** 73, 174; 82, 22). Jedoch kann die Löschung dadurch gültig werden, daß die Verzichtserklärung nachgeholt bzw. rechtswirksam wiederholt wird (s. A 4). Die Aufhebung des Rechtes tritt dann mit dem Zeitpunkte der nachträglichen Verzichtserklärung ein. Geschieht solches aber nicht, so kann anderseits der Berechtigte die Wiedereintragung des Rechtes im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 894, gegebenenfalls auch mit einer Schuldklage aus der persönlichen Verpflichtung, die der Rechtseintragung zugrunde lag, oder aus grundloser Bereicherung herbeiführen (**RG** 82, 24). — Die *Löschungseintragung* ist auch sonst *für sich allein nicht ohne Rechtswirkung*. Sie begründet gemäß § 891 Abs 2 die Vermutung für das Nichtbestehen des Rechtes, so daß dem Berechtigten nicht mehr die Vermutung aus § 891 Abs 1 zur Seite steht, er vielmehr das Fortbestehen seines Rechtes beweisen muß. Auch kann das Recht durch gutgläubigen Erwerb gemäß § 892 verlorengehen oder beschränkt werden, und es unterliegt gemäß § 901 nunmehr der Verjährung (**RG** JW 06, 17[16]). — Über die *Voraussetzungen*, unter denen das Grundbuchamt die Löschung vorzunehmen hat, trifft nicht das BGB, sondern die GBO Bestimmung. Vgl. über die hauptsächlich in Betracht kommenden Vorschriften der GBO § 873 A 10. — Bezüglich des *Inhalts* der Eintragung bestimmt § 47 Abs 1 GBO, daß die Löschung eines Rechtes durch Eintragung eines Löschungsvermerks zu erfolgen hat. Soll ein Recht nur *bezüglich eines Teiles des belasteten Grundstücks* durch Löschung aufgehoben werden, so bedarf es gemäß § 6 GBO, weil darin eine größere und insofern neue Belastung des andern Teiles liegt, der Abschreibung des befreiten Teiles (KGJ 21 A 112). — Über Unzulässigkeit des Antrags auf formelle Löschung einer Hypothek zum Zwecke ihrer Vereinigung mit einer neuen Hypothek vgl. RJA 8, 45.

7. Damit die Verzichtserklärung, die zwar materiellrechtlich keiner Form bedarf (s. A 4), aber eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist (vgl. KGJ 24 A 218; 37 A 223; 43, 148), Rechtswirkung hat, muß sie gegenüber einem der in Abs 1 Satz 2 genannten Empfangsberechtigten abgegeben sein. Die Erklärung **gegenüber dem Grundbuchamte** zunächst kann dadurch erfolgen, daß die Erklärung vor dem Grundbuchamte abgegeben oder schriftlich dem Grundbuchamte eingereicht wird (KGJ 25 A 277). *Zur materiellen Wirksamkeit* genügt im ersteren Falle die mündliche Abgabe vor dem Grundbuchamte, im letzteren Falle auch eine privatschriftliche Eingabe. Von Aufnahme eines Protokolls ist im ersteren Falle die Wirksamkeit nicht abhängig (s. A 10). *Formellrechtlich* ist allerdings zur Vornahme der Eintragung die Beobachtung der im § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebenen Form erforderlich, so daß die vor dem Grundbuchamte abgegebene Erklärung zu Protokoll genommen sein und die schriftliche Erklärung die genannte Formvorschrift erfüllen muß, wenn daraufhin die Löschungseintragung

erfolgen soll. Läßt aber das Grundbuchamt die Ordnungsvorschrift außer acht und nimmt es trotz formloser Erklärung die Löschung vor, so ist die Aufhebung des Rechtes rechtsgültig vollzogen. — Nach § 130 Abs 1, 3 wird die Erklärung mit dem Zeitpunkte wirksam, in dem sie dem Grundbuchamte zugeht. Dann ist auch die formlos abgegebene Erklärung unwiderruflich (s. A 10). — Die Erklärung vor dem Grundbuchamte sowie die Einreichung bei dem Grundbuchamte kann auch durch einen Vertreter erfolgen. Über die Vertretung des Verzichtenden hinsichtlich der Einreichung durch den instrumentierenden Notar vgl. RJA 2, 38; KGJ 24 A 216; 25 A 273, 315; OLG 7, 49. — Da aber eine empfangsbedürftige Willenserklärung nur dann wirksam abgegeben ist, wenn sie mit dem Willen des Erklärenden einem der in Betracht kommenden Empfangsberechtigten zugeht, kann die Verzichtserklärung (Aufgabeerklärung) nicht als abgegeben gelten, wenn sie überhaupt ohne den Willen des Erklärenden dem Grundbuchamt (oder dem Begünstigten; s. A 8) zugegangen ist (KGJ 48, 187). — Über „Grundbuchamt" vgl. § 925 A 12.

8. Der durch die Verzichtserklärung **Begünstigte, dem gegenüber** ebenfalls (s. A 7) die Erklärung wirksam abgegeben werden kann, ist in erster Linie der Eigentümer des mit dem Rechte belasteten Grundstücks (KGJ 37 A 233; 43, 149). Aber auch der Inhaber eines dem aufzuhebenden Rechte im Range nachstehenden oder gleichstehenden Rechtes oder einer entsprechenden Vormerkung ist ein solcher, zu dessen Gunsten die Verzichtserklärung erfolgt (KGJ 48, 187). — Hinsichtlich der Form gilt das in A 7 Gesagte. — Wirksam wird die Erklärung gemäß § 130 Abs 1 Satz 1 mit dem Zeitpunkte, in dem sie dem Begünstigten zugeht. Jedoch kann die nicht in der Bindungsform des Abs 2 § 875 abgegebene Erklärung so lange widerrufen werden, als nicht die Erklärung (schriftlich) dem Grundbuchamte eingereicht (s. A 7) oder, falls dies unterblieben, die Löschung erfolgt ist. Wenn die Verzichtserklärung von einem rechtsgeschäftlichen oder einem gesetzlichen Vertreter abgegeben ist und der Erklärende, bevor die Erklärung wirksam geworden ist, seine Vertretungsmacht verliert (z. B. wenn der vertretene Minderjährige inzwischen volljährig geworden ist), wird die Erklärung auch dann nicht wirksam, wenn sie demnächst dem Empfangsberechtigten zugeht, es sei denn, daß der Vertretene seine Genehmigung dazu erteilt (KGJ 43, 151).

9. **Gebunden ist der Verzichtende an seine,** sei es auch formlose **Erklärung,** wenn ihr die Löschung nachgefolgt oder sie nach der Löschung abgegeben worden ist, vorausgesetzt, daß sie gegenüber einem der in Abs 1 Satz 2 genannten Empfangsberechtigten erklärt und diesem zugegangen ist (s. A 7, 8). Ferner ist der Verzichtende auch schon vor bewirkter Löschung gebunden, wenn er die Erklärung in einer der beiden Arten des Abs 2 abgegeben hat. — Die Wirkung der Bindung ist, daß die Erklärung nicht widerrufen werden kann. Ist die Erklärung im Sinne des § 130 wirksam geworden (s. A 7, 8), so hat es nach § 130 Abs 2 keinen Einfluß, wenn der Erklärende stirbt oder geschäftsunfähig wird. Jedoch können die Erben bzw. der gesetzliche Vertreter die Erklärung noch widerrufen, wenn sie nicht von vornherein bindend war oder inzwischen bindend geworden ist. Ferner wird die bindende Erklärung, wenn daraufhin der Antrag auf Löschung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist, gemäß § 878 nicht dadurch unwirksam, daß der Erklärende in der Verfügung beschränkt wird (vgl. RJA 9, 276). Dagegen eine Beschränkung des Berechtigten in der Verfügung über das Recht bewirkt die Bindung der Verzichtserklärung für sich allein nicht (s. A 6). Auch folgt daraus nicht ein Anspruch auf Herbeischaffung oder Nachholung des etwa zur Löschung noch Fehlenden. Vielmehr kann der Begünstigte einen solchen Anspruch nur auf Grund des (schuldrechtlichen) Grundrechtsgeschäfts geltend machen. Dieses wird ferner, wenn es nichtig ist, nicht durch die bindende Erklärung geheilt. Im Falle der Anfechtbarkeit aber kann in der bindenden Verzichtserklärung eine Bestätigung des auf die Aufhebung des Rechtes gerichteten Grundrechtsgeschäfts gemäß § 144 Abs 1 gefunden werden. Vgl. § 873 A 13. — Im Falle des § 876 (s. A 3) hindert das Fehlen der Zustimmung des an dem Grundstücksrechte berechtigten Dritten zwar die Aufhebung des Rechtes, nicht aber die Bindung an die Aufhebungserklärung. — Hat der Verzichtende den Löschungsantrag (§ 13 GBO) selbst gestellt, was namentlich vorkommen kann, wenn der Verzichtende ohne Zuziehung des Eigentümers das Recht durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte zur Aufhebung bringen will, so kann er noch den Antrag gemäß §§ 32, 29 Satz 1 GBO zurücknehmen und dadurch die Löschung verhindern. Sein Widerruf ist aber vom Grundbuchamte in keinem Falle dann zu beachten, wenn der Antrag vom Begünstigten (s. A 11) gestellt ist (vgl. KGJ 25 A 273; OLG 6, 207).

10. Die **gegenüber dem Grundbuchamte** abgegebene Erklärung, die in der in A 7 dargestellten Weise zu erfolgen hat, ist auch dann **bindend** (und damit unwiderruflich; s. A 9), wenn sie formlos (s. A 7) abgegeben ist. Denn eine Form ist in dieser Hinsicht nicht vorgeschrieben. Insbesondere ist auch eine mündlich vor dem Grundbuchamte abgegebene Verzichtserklärung bindend. Der Aufnahme der Erklärung zu Protokoll bedarf es weder zur Wirksamkeit noch zur Bindung. Vgl. hierüber § 873 A 15, § 925 A 13.

11. Die **den Vorschriften der GBO entsprechende Löschungsbewilligung,** durch deren **Aushändigung an den Begünstigten** die Verzichtserklärung ebenfalls (s. A 10) bindend

(und damit unwiderruflich; s. A 9) wird, ist die vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegebene oder in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde abgegebene Löschungsbewilligung des durch die Löschung des Rechtes Betroffenen im Sinne der §§ 19, 29 Satz 1 GBO, die auch die formellrechtliche Voraussetzung für die Vornahme der Löschung gibt. Durch die Aushändigung der Löschungsbewilligung wird der durch die Verzichterklärung Begünstigte in den Stand gesetzt, unter Einreichung der Löschungsbewilligung den Antrag auf Löschung (§ 13 GBO) zu stellen, der nach § 30 GBO keiner Form bedarf. — Die Aushändigung kann auch durch einen Vertreter erfolgen. Wenn der Gläubiger einer fälligen Hypothek eine den Vorschriften der GBO entsprechende Löschungsbewilligung einem Notar übersendet mit der Weisung, von der Urkunde nach Zahlung des Hypothekenbetrags Gebrauch zu machen, gilt der Notar als ermächtigt, die Urkunde dem Eigentümer auszuhändigen (vgl. **RG** Gruch 52, 957). — Einer körperlichen Aushändigung der Löschungsbewilligung bedarf es nicht unbedingt. Wenn z. B. die Bewilligung in einem zwischen dem Bewilligenden und dem Begünstigten geschlossenen notariellen Vertrage enthalten ist, so ist sie mit dem Abschluß der notariellen Verhandlung als dem Begünstigten zugegangen anzusehen, ohne daß es der Aushändigung einer Ausfertigung der Verhandlung, die sich der Begünstigte jederzeit verschaffen kann, bedarf (KGJ 49, 155).

12. **Entsprechende Anwendung** findet § 875 im Falle des § 1132 Abs 2 (Verteilung einer Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke) und Abs 2 § 875 in den Fällen der §§ 1168 Abs 2 (Verzicht auf eine Hypothek), 1180 Abs 2 (Wechsel der Forderung bei einer Hypothek).

§ 876

Ist ein Recht an einem Grundstücke mit dem Rechte eines Dritten belastet[1]), so ist zur Aufhebung des belasteten Rechtes[2]) die Zustimmung[3]) des Dritten erforderlich[4]). Steht das aufzuhebende Recht dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zu[1]), so ist, wenn dieses Grundstück mit dem Rechte eines Dritten belastet ist[1]), die Zustimmung[3]) des Dritten erforderlich[1]), es sei denn, daß dessen Recht durch die Aufhebung nicht berührt wird[5]). Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt[6]) oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt[7]); sie ist unwiderruflich[8]).

E I 960, 965, 977, 1015, 1048, 1061 II 797; M 3 463 ff., 474, 489, 551, 569, 594; P 3 69 ff.; 6 221.

1. Als **unmittelbare Belastungen mit dem Rechte eines Dritten**, die ein Recht an einem Grundstücke betreffen, kommen in Betracht Nießbrauch und Pfandrecht an Reallasten, Hypotheken und Grundschulden (s. § 873 A 5) sowie, wenn das betroffene Recht Grundstücksnatur hat (Erbbaurecht, Erbpachtrecht, Abbaurecht, [§ 1017] VO v. 15. 1. 19 § 11, EG Artt 63, 68), die Belastungen, die auf einem Grundstücke ruhen können (s. § 873 A 6). Mittelbar können subjektiv-dingliche Rechte, nämlich Grunddienstbarkeit (§ 1018), subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht (§ 1094 Abs 2), subjektiv-dingliche Reallast (§ 1105 Abs 2), mit dem Rechte eines Dritten dadurch belastet sein, daß letzteres Recht (z. B. eine Hypothek, ein Nießbrauch) das hinsichtlich jener Rechte berechtigte Grundstück belastet und dabei jene Rechte als Bestandteile des Grundstücks mitergreift. Auf eine unmittelbare Belastung findet Satz 1 § 876, auf mittelbare Satz 2 Anwendung, während Satz 3 für beide Belastungen gilt. — Über Anwendbarkeit des § 876 im Falle der Abtretung einer Hypothek unter Vorbehalt des Zinsgenusses in der Weise, daß die Bestellung eines Nießbrauchs an der Hypothek anzunehmen ist, vgl. § 1158 A 3.

2. Unter **Aufhebung des belasteten Rechtes** ist auch hier, wie im § 875, nur eine solche durch Rechtsgeschäft gemeint, da eine Zustimmung, also eine rechtsgeschäftliche Erklärung, erfordert wird. Erlischt das belastete Recht aus einem Grunde, der nicht auf Rechtsgeschäft beruht (s. die Fälle in § 875 A 1), so erlischt auch das belastende Recht, soweit es sich auf das belastete Recht bezieht, ohne weiteres und ist die Zustimmung des Drittberechtigten nicht erforderlich. — Über Aufhebung eines ein Grundstücksrecht (abgesehen von Rechten mit Grundstücksnatur) unmittelbar belastenden Rechtes (s. A 1) für sich allein vgl. § 875 A 2. — Entsprechende Anwendung findet § 876 in den Fällen der §§ 877, 880, 1109 Abs 2, 1116, 1132 Abs 2, 1172 Abs 2, 1168 Abs 2, 1180 und die Vorschrift des Satz 3 in den Fällen der §§ 1071, 1276. — Auf andere Verfügungen über das belastete Recht (z. B. auf die Übertragung, eine weitere Belastung) bezieht sich § 876 selbstverständlich nicht. Sie lassen das Recht des Dritten unberührt und bedürfen daher der Zustimmung des Dritten nicht (M 3, 463; **RG** 47, 161).

3. Die **Zustimmung** des Drittberechtigten führt in Verbindung mit den im § 875 für die Aufhebung einer Grundstücksbelastung überhaupt erforderten Voraussetzungen, nämlich

der Aufgabeerklärung des Berechtigten und der Löschung, nicht nur zur Aufhebung der Grundstücksbelastung, und zwar in den Fällen des Satz 2 (mittelbare Belastung, s. A 1) zur Aufhebung der Belastung auf dem verpflichteten Grundstücke, sondern auch zur Aufhebung der Rechtsbelastung selbst: in den Fällen der unmittelbaren Belastung (Satz 1) zur Aufhebung der Rechtsbelastung im ganzen; in den Fällen der mittelbaren Belastung (Satz 2) zur Aufhebung des Belastungsrechtes des Drittberechtigten insoweit, als dieses zufolge Belastung des berechtigten Grundstücks die aufzuhebende Grundstücksbelastung mit ergriffen hatte, während hier im übrigen das Recht des Dritten an dem Grundstücke unberührt bleibt. — Daher ist die Zustimmung ein *besonderes Rechtsgeschäft* für sich. Sie kann, da eine bestimmte Zeit für sie nicht vorgeschrieben ist, nicht nur nach der Aufgabeerklärung des „Berechtigten" (Inhaber des belasteten Rechtes), sondern auch schon vorher, und nicht nur vor der Löschung, sondern auch noch nachher von dem „Drittberechtigten" (Inhaber der Rechtsbelastung) wirksam erteilt werden. Ferner ist die Zustimmung ein *einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.* Es finden daher auf sie die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte mit Ausnahme der über den Vertrag (§§ 145—157), nämlich die §§ 104—144, 158—181, 184, 185 (nicht auch §§ 182, 183, s. A 8), Anwendung. Empfangsberechtigt sind die in Satz 3 § 876 Genannten. Weiter ist die Zustimmung ein *abstraktes Rechtsgeschäft*, das von dem (einer Form nicht bedürfenden) Grundrechtsgeschäfte, wodurch die Verpflichtung zur Erteilung der Zustimmung begründet worden, losgelöst ist und, namentlich hinsichtlich der Fragen der Form, der Nichtigkeit, der Anfechtbarkeit, als selbständiges Rechtsgebilde zu gelten hat. *Ersetzt* kann die Zustimmung werden durch ein auf Grund des Grundrechtsgeschäfts erstrittenes rechtskräftiges Urteil gegen den Zustimmungspflichtigen gemäß § 894 ZPO. Auch kann, wenn zwar die *Zustimmungserklärung abgegeben ist, aber zur Herbeiführung der Löschung noch etwas fehlt*, das von dem Zustimmungspflichtigen beizubringen ist, aus dem Grundrechtsgeschäft, nicht jedoch aus der Zustimmung als solcher, auf Nachbringung des Fehlenden geklagt werden. — In allen vorgenannten Beziehungen gilt Entsprechendes wie für die vom Berechtigten abzugebende Einigungserklärung des § 873 und die Aufgabeerklärung des § 875. Vgl. hierüber § 873 A 7, 13, § 875 A 4, 9. — *Fehlt die Zustimmung* des „Drittberechtigten" oder ist sie nichtig oder zufolge Anfechtung nichtig geworden, so ist die etwa (auf Grund der Aufgabeerklärung des „Berechtigten") vorgenommene Löschung unwirksam und ist weder die Rechtsbelastung noch das belastete Recht selbst materiell aufgehoben. Sowohl der „Drittberechtigte" als auch der „Berechtigte" hat dann gemäß § 894 einen dinglichen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs, also auf Wiedereintragung des belasteten Rechtes in dem früheren Rechtszustande, insbesondere einerseits mit der Belastung, anderseits in dem früheren Range, soweit nicht ein inzwischen erfolgter Rechtserwerb im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs gemäß § 892 entgegensteht. Vgl. § 875 A 5, 6. Wird aber die Zustimmung nachträglich erteilt, so gilt gemäß § 184 die Löschung und damit auch die Aufhebung als von vornherein rechtsgültig erfolgt. Auf die Wirksamkeit der Aufgabeerklärung als solcher, namentlich wenn sie gemäß § 875 Abs 2 bindend abgegeben worden ist, hat das Fehlen der Zustimmung keinen Einfluß. — Eine *Form* ist für die materielle Gültigkeit der Zustimmung nicht vorgeschrieben. Nach formellem Rechte allerdings darf das Grundbuchamt gemäß §§ 19, 29 GBO die Löschung nur vornehmen, wenn in einer der Formen des § 29 Satz 1 GBO nicht nur die Aufgabeerklärung des „Berechtigten", sondern auch die Zustimmungserklärung des „Drittberechtigten" abgegeben ist. Jedoch tritt trotz Nichtbeachtung dieser Ordnungsvorschriften, also bei Vornahme der Löschung auf Grund formloser Zustimmung, die Rechtsaufhebung rechtsgültig ein. — In der Zustimmung kann in den Fällen der unmittelbaren Rechtsbelastung durch Nießbrauch oder Pfandrecht (s. A 1) nach Lage der Umstände und der Art der Erklärung ein unbedingter, von der Löschung des belasteten Rechtes unabhängiger *Verzicht* auf das belastende Recht gefunden werden, da dieser Verzicht nach §§ 1064, 1072, 1255, 1273 nur einer einseitigen Erklärung bedarf.

4. Der **„Drittberechtigte"** muß nicht nur geschäftsfähig sein, sondern auch die Befugnis haben, über das belastende Recht zu verfügen. Die Zustimmung zur Aufhebung des belasteten Rechtes ist, da sie auch Aufhebung des belastenden Rechtes zur Folge hat (s. A 3), eine Verfügung über das letztere. Es gilt daher in dieser Hinsicht Entsprechendes wie für die Befugnis des „Berechtigten" zur Verfügung über das belastete Recht. Vgl. hierüber § 875 A 5.

5. **Nicht berührt durch die Aufhebung des belasteten Rechtes wird das Recht des Dritten** in den nach Satz 2 allein in Betracht kommenden Fällen der mittelbaren Belastung (s. A 1) z. B., wenn das belastende Recht des Dritten ein Nießbrauchsrecht oder eine Grunddienstbarkeit und das mit dem hierdurch belasteten Grundstücke verbundene, belastete Recht ein Vorkaufsrecht bezüglich eines andern Grundstücks ist. Als allgemeiner Gesichtspunkt für die Frage, ob die Aufhebung das belastende Recht nicht berührt, ist aufzustellen, daß das Recht hinsichtlich seiner Ausübung und Durchführung durch die Entziehung des belasteten Rechtes als eines seiner Belastungsobjekte keinerlei Einbuße erleidet. Dabei hat die Möglichkeit, daß das Recht des „Drittberechtigten" im Falle der Zwangsversteigerung des damit

belasteten Grundstücks sich in einen Anspruch auf den Versteigerungserlös umwandeln und für die Höhe dieses Anspruchs das Fortbestehen des belasteten Rechtes von Bedeutung sein kann, außer Betracht zu bleiben, da nur ein Berührtwerden des Rechtes selbst, wenn und solange es als solches besteht, in Frage kommt (M 3, 464 f.). Wird das belastende Recht nicht berührt, so bedarf es der Zustimmung des „Drittberechtigten" nicht. Dem Grundbuchamte freilich muß das Vorliegen dieser Voraussetzung, wenn die Löschung ohne Beibringung der Zustimmungserklärung beantragt wird, nachgewiesen werden. Jedoch ist nach formellem Grundbuchrechte, gleichviel ob der Nachweis erbracht wird oder nicht, eine Zustimmungserklärung gemäß § 21 GBO zur Vornahme der Löschung überhaupt nicht erforderlich, wenn das belastete (subjektiv-dingliche) Recht auf dem Grundbuchblatte des berechtigten Grundstücks nicht vermerkt ist (vgl. § 8 GBO). — Über Ersatz der Zustimmungserklärung durch ein Unschädlichkeitszeugnis vgl. den Vorbehalt für die Landesgesetzgebung in Art 120 Abs 2 Ziff 2 EG.

6. Über Erklärung **„gegenüber dem Grundbuchamte"**, das einer der beiden im Satz 3 für die Zustimmungserklärung bestimmten Empfangsberechtigten ist, vgl. die Ausführungen bezüglich der Aufgabeerklärung in § 875 A 7, 10, die entsprechend auch hier gelten.

7. Der durch die Zustimmung **Begünstigte,** der ebenfalls (s. A 6) empfangsberechtigt ist, kann der Eigentümer, ein Miteigentümer, der „Berechtigte" (s. A 3) oder der Inhaber eines andern im Range gleichstehenden oder nachstehenden Rechtes sein. Vgl. im übrigen die entsprechend anzuwendenden Ausführungen in § 875 A 8.

8. Die Zustimmung ist stets **unwiderruflich,** wenn sie einem der in Satz 3 genannten Empfangsberechtigten gegenüber abgegeben ist. Die §§ 182, 183 finden hier keine Anwendung. Auch wenn die Zustimmung vor Abgabe der Aufgabeerklärung des § 875 erteilt wird, ist sie unwiderruflich. Die Unwiderruflichkeit hängt auch nicht, wie die Unwiderruflichkeit der Aufgabeerklärung nach § 875 Abs 2, von Einhaltung einer Form ab. Auch eine gegenüber einem der Empfangsberechtigten formlos erklärte Zustimmung ist bindend. — Verfügt der „Drittberechtigte" nach Abgabe der unwiderruflichen Zustimmung anderweit über sein belastendes Recht (z. B. über eine Hypothek, die eine mit dem belasteten Grundstücke verbundene Reallast ergreift), so muß der Erwerber die Zustimmung gegen sich gelten lassen und bedarf es seiner eigenen Zustimmung zur Aufhebung dann nicht, wenn er sich auf den guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs nicht berufen kann (vgl. §§ 404, 413, 892 u. Prot 3, 72 f.). — Was den Eintritt einer Verfügungsbeschränkung des „Drittberechtigten" nach Abgabe der Zustimmungserklärung anlangt, so findet § 878 hier keine Anwendung, da er sich nur auf „eine in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebene Erklärung" bezieht (vgl. RG 52, 416). Jedoch folgt daraus, daß die Zustimmung sofort unwiderruflich und ein in sich vollendetes Rechtsgeschäft ist, von selbst, daß eine nachträgliche Verfügungsbeschränkung (z. B. die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des „Drittberechtigten") keinen Einfluß auf die Wirksamkeit der Zustimmung hat, und zwar selbst dann, wenn nicht alle Voraussetzungen des § 878 (z. B. nicht ein beim Grundbuchamte gestellter Eintragungsantrag) vorliegen (vgl. RG 52, 416).

§ 877

Die Vorschriften der §§ 873[1]), 874[2]), 876[3]) finden auch auf Änderungen des Inhalts eines Rechtes[4]) an einem Grundstück[5]) Anwendung[6]).

E I 1134, 1144 II 798; M 3 779, 795 f.; P 3 692 ff.; 4 586 f.

1. Aus der **Anwendung des § 873** folgt, daß zur Rechtsänderung (z. B. zur Abänderung einer eingetragenen Wegegerechtigkeit; KGJ 48, 177) die (formlose) Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber des Rechtes sowie die Eintragung der Änderung erforderlich ist (§ 873 Abs 1; KGJ 48, 177). Ob die Änderung auf eine Erweiterung oder eine Einschränkung der Befugnisse des Berechtigten (z. B. Aufhebung der Übertragbarkeit des Rechtes) hinausläuft, macht in dieser Hinsicht keinen Unterschied (RG JW 04, 282[1]). Handelt es sich aber lediglich um eine teilweise Aufhebung des Rechtes, die auch nicht etwa mit einer Erweiterung des Rechtes nach einer andern Richtung verbunden ist, so kommt § 875 zur Anwendung und genügt die einseitige Erklärung des Berechtigten, daß er den betreffenden Teil des Rechtes aufgebe, nebst hinzutretender Löschung des Rechtsteils. — Ist die Einigung gemäß § 873 Abs 2 bindend erklärt, so findet, wenn unter Einreichung der Einigungserklärungen der Antrag auf Eintragung der Änderung beim Grundbuchamte gestellt ist, hinsichtlich der Einflußlosigkeit des Eintritts einer Verfügungsbeschränkung des Eigentümers oder des Rechtsinhabers § 878 Anwendung. — Formellrechtlich bedarf es zur Vornahme der Änderungseintragung nicht des Nachweises der Einigung, sondern nur der Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten (§ 19 GBO), die aber anderseits in einer der Formen des § 29 Satz 1 GBO erklärt sein muß, und eines (formlosen, § 30 GBO) Eintragungsantrags des Aktivbeteiligten oder des Passivbeteiligten (§ 13 Abs 1, 2 GBO). — Vgl. im übrigen die entsprechend anzuwendenden Bemerkungen zu § 873.

2. Nach dem **anzuwendenden** § 874 kann ebenso wie bei der Eintragung eines Rechtes auch bei der Eintragung der Änderung zur näheren Bezeichnung dieser auf die Eintragungsbewilligung sowie auf Urkunden, auf welche diese verweist (s. § 874 A 5), Bezug genommen werden (KGJ 48, 178).

3. Die **Anwendung des § 876** findet dann statt, wenn das zu ändernde Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet ist. Es bedarf dann zur Änderung des Inhalts des belasteten Rechtes der Zustimmung des Drittberechtigten (§ 876 Satz 1). In den Fällen der mittelbaren Rechtsbelastung (s. § 876 A 1) ist die Zustimmung des „Drittberechtigten" nicht erforderlich, wenn durch die Änderung des mittelbar belasteten Rechtes das belastende Recht nicht berührt wird (§ 876 Satz 2), z. B. bedarf es der Zustimmung der Hypothekengläubiger des herrschenden Grundstücks nicht, wenn eine durch die Hypotheken mittelbar belastete Weggerechtigkeit, die nur auf einem Teil des dienenden Grundstücks ruht (vgl. § 6 GBO.), auf einen andern Teil verlegt werden soll (str., s. auch A 4). Vgl. im übrigen die entsprechend anzuwendenden Bemerkungen zu § 876. — Wird das Recht erweitert, so ist auch die Zustimmung der Inhaber gleich- oder nachstehender Rechte erforderlich, da die Erweiterungen sich als Neubelastungen darstellen, die den genannten Rechten gemäß § 879 nachstehen müßten (vgl. hinsichtlich der Änderung des Inhalts einer Hypothek durch nachträgliche Vereinbarung der sog. Goldklausel § 1119 A 5). Eine Ausnahme hiervon enthält § 1119 hinsichtlich der Erweiterung gewisser Nebenleistungen bei der Hypothek (RJA 7, 260). Vgl. auch §§ 1186, 1203.

4. **Inhalt eines Rechtes** bedeutet hier ebenso wie im § 874 (s. dort A 4) die Gesamtheit der aus der Rechtsbegründung sich ergebenden Befugnisse des Berechtigten (KGJ 50, 188). Eine Neugestaltung, die den Inhalt des Rechtes in diesem Sinne nicht zum Gegenstande hat, fällt daher nicht unter § 877. Deshalb stellt sich z. B. die Verlängerung der Geltungsdauer eines zeitlich begrenzten Nießbrauchs, da die Befristung eines Nießbrauchs nicht zum Inhalt des Rechtes gehört (s. § 874 A 4), nicht als Änderung des Rechtsinhalts dar, sondern als neue Grundstücksbelastung mit einem Nießbrauch für den neuen Zeitraum; dies ist materiellrechtlich besonders für das Rangverhältnis von Bedeutung, indem die neue Belastung nicht den Rang des bisherigen Nießbrauchs hat, sondern mit dem Range nach den auf diesen folgenden Rechten einzutragen ist, und ferner formellrechtlich auch insofern, als die Eintragung nicht in der Veränderungsspalte, sondern in der Hauptspalte zu erfolgen hat (KGJ 50, 188). — Unter **Inhaltsänderungen** sind im § 877, wie sich aus der Bezugnahme auf die §§ 873, 876 ergibt, nur die auf Rechtsgeschäft beruhenden zu verstehen, nicht auch die kraft Gesetzes eintretenden Änderungen (z. B. bei der Grunddienstbarkeit nach §§ 1025, 1026, bei der Hypothek nach § 1177, sowie nach §§ 1164, 1174 oder nach §§ 1173 Abs 2, 1182, bei der nach Art 113 EG der landesgesetzlichen Regelung vorbehaltenen Zusammenlegung von Grundstücken). — Eine Änderung des Inhalts liegt vor, wenn die betreffende Grundstücksbelastung in eine anders geartete umgewandelt wird (z. B. eine Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek, § 1186, eine Hypothek in eine Grundschuld, § 1198, KGJ 25 A 300, eine Rentenschuld in eine gewöhnliche Grundschuld, § 1203); aber auch, wenn unter Bestehenbleiben der Berechtigung in ihrer bisherigen Gesamtart nur im einzelnen ihr Umfang und ihre Gestaltung verändert wird (vgl. RJA 2, 36). Daher fällt es nach letzterer Richtung unter § 877 z. B.: wenn ein Hypothekenrecht hinsichtlich der Nebenleistungen erweitert werden soll (§ 1119 A 3, RJA 7, 259; 8, 45; KGJ 40 A 283); wenn unter Aufhebung der Ausschließung eines Hypothekenbriefs eine Briefhypothek begründet werden soll (§ 1116 Abs 2, 3), da hierdurch die Verkehrsfähigkeit der bisherigen Buchhypothek verändert wird (RJA 2, 36); aus gleichem Grunde, wenn die Übertragbarkeit eines Rechtes (vgl. §§ 399, 413) aufgehoben werden soll (RG JW 04, 282[1]); wenn der Eigentümer sich dem Hypothekengläubiger gegenüber nachträglich der Zwangsvollstreckung gemäß § 800 ZPO unterwirft (OLG 14, 136); wenn der Rang zweier Rechte geändert werden soll und § 880 Abs 2 nicht zutrifft, wie im Falle der Vereinbarung der Rangänderung zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber beider Rechte, da hierdurch die Sicherung der Durchführung und auch die Wertschätzung bei dem einen Rechte vermindert, bei dem andern vermehrt wird (vgl. RJA 9, 268; KGJ 39 A 195 und § 880 A 1); wenn dem Eigentümer von dem Inhaber eines Rechtes die Befugnis eingeräumt wird, ein anderes Recht mit Vorrang eintragen zu lassen, da dann das erstere Recht mit dem Range nach § 879 in ein Recht, das einem künftigen Rechte im Range nachstehen soll, umgewandelt wird (s. § 881 A 3; RJA 9, 54); wenn eine Grunddienstbarkeit nicht nur der Ausübung nach gemäß § 1023 eine (nicht in das Grundbuch gehörende) Änderung erfahren, sondern von einem Teil, auf dem allein sie eingetragen ist (vgl. § 6 GBO), auf einen andern Teil des belasteten Grundstücks verlegt werden soll (s. A 3), da die Dienstbarkeit hinsichtlich des Belastungsobjekts eine andere Gestaltung gewinnt (str.). Vgl. auch §§ 1189, 1192, 1195, 1200.

5. Über **Grundstücke** und **Rechte daran** vgl. § 873 A 4, 6. Die Änderung des Inhalts von Rechten, die solche Rechte belasten, fällt nicht unter § 877 (OLG 29, 379).

6. Die **Anwendung** findet nur statt, soweit nicht das Gesetz für einzelne Rechtsänderungen etwas anderes bestimmt. Vgl. in dieser Hinsicht §§ 880, 1151 (Rangänderung),

1109 (Teilung des herrschenden Grundstücks im Falle einer subjektiv-dinglichen Reallast), 1116 Abs 2, 3 (Ausschließung der Erteilung des Hypothekenbriefs), 1132 Abs 2 (Verteilung einer Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke), 1180 (Ersatz einer Hypothekenforderung durch eine andere). Vgl. auch die Übergangsbestimmung des Art 189 Abs 1 Satz 2 EG. — Unzulässig ist die Änderung eines hypothekarischen Rechtes (Hypothek jeder Art, einschließlich Höchstbetrags-, Zwangs- und Arresthypothek, Grundschuld) durch Erhöhung der Kapitalsumme, da der wesentliche Inhalt eines solchen Rechtes nach §§ 1113, 1191 die Sicherung der Zahlung einer ziffermäßig begrenzten Geldsumme ist. Für den erhöhten Kapitalbetrag kann nur ein neues hypothekarisches Recht eingetragen werden (KGJ 40 A 282; OLG 29, 378).

§ 878

Eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebene Erklärung[1]) wird nicht dadurch unwirksam[2]), daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird[3]), nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden[4]) und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist[5]).

E I 831, 834, 1134, 1144 II 799; M 3 190 ff., 200 f., 779, 795 f.; P 3 65 ff.; 4 586 f.

1. Die Erklärung muß **von dem Berechtigten** abgegeben sein. Ist der Erklärende überhaupt nicht Berechtigter in Ansehung des Grundstücks oder des Rechtes, über das er durch die Erklärung verfügt, und ist daher diese von vornherein unwirksam, so kann gar nicht in Frage kommen, daß sie durch den nachträglichen Eintritt einer Verfügungsbeschränkung unwirksam werde; für einen solchen Fall hat daher § 878 keine Bedeutung (RG 89, 156). Wenn z. B. der Käufer eines Grundstücks, bevor er Auflassung erhalten hat, die Eintragung einer Hypothek bewilligt und dann gegen ihn ein Veräußerungsverbot erlassen wird, findet § 878 keine Anwendung, da er noch nicht Eigentümer, also nicht zu der Eintragungsbewilligung berechtigt war. Ergeht das Veräußerungsverbot, nachdem ihm das Grundstück aufgelassen, jedoch bevor er als Eigentümer eingetragen worden ist, so kommt in Frage, ob nicht in der Auflassung zugleich die Einwilligung des Verkäufers als des eingetragenen Berechtigten in die Verfügung über das Grundstück zu finden ist; wenn dies zu bejahen wäre, hätte gemäß § 185 Abs 1 der Käufer als zur Bewilligung der Hypotheleintragung schon vor seiner Eigentumseintragung Berechtigter zu gelten, so daß dann § 878 allerdings zur Anwendung käme (RG 89, 157). Ist aber eine solche Einwilligung nicht anzunehmen, so wird § 878 auch dadurch nicht anwendbar, daß der Käufer demnächst als Eigentümer eingetragen und demzufolge gemäß § 185 Abs 2 die Bewilligung der Hypotheleintragung an sich wirksam wird; denn der nachträgliche Erwerb des Gegenstandes, über den der Nichtberechtigte verfügt hat, hat nicht wie die Genehmigung des Berechtigten gemäß § 184 Abs 1 rückwirkende Kraft und daher verbleibt es trotz des nachträglichen Eigentumserwerbs des Käufers dabei, daß seine Bewilligung der Hypotheleintragung zur Zeit des Erlasses des Veräußerungsverbots die eines Nichtberechtigten war (RG 89, 158). Ist die Auflassung nichtig oder (z. B. wegen arglistiger Täuschung) mit Erfolg angefochten, so ist auch die vorbezeichnete, etwa in der Auflassung enthaltene Einwilligung des Verkäufers nichtig und scheidet deshalb ebenfalls die Anwendung des § 878 aus (RG 89, 157). — Ferner werden nur die **in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebenen Erklärungen** von § 878 betroffen, also die dinglichen Rechtsgeschäfte, die zum Gegenstande haben: die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, die Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte, sowie die Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes (§ 873); die Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke (§ 875); die Änderung des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstücke (§ 877). Auf die zu solchen Rechtsgeschäften in den Fällen der §§ 876, 880 Abs 2, 1183 erforderliche Zustimmung anderer Personen bezieht sich daher § 878 nicht (RG 52, 416). Diese Zustimmungserklärungen werden aber aus anderem Grunde ebenfalls durch eine eintretende Verfügungsbeschränkung in ihrer Wirksamkeit nicht berührt, und zwar selbst dann nicht, wenn nicht alle Voraussetzungen des § 878 vorliegen (s. hierzu § 876 A 8). Erlöschen der Vollmacht, auf Grund deren eine Erklärung abgegeben ist, gehört ebenfalls nicht hierher. Tritt das Erlöschen nach Stellung des Eintragungsantrags ein (z. B. wenn die vom Konkursverwalter erteilte Auflassungsvollmacht nach erklärter Auflassung zufolge Aufhebung des Konkurses erlischt), so kann die Eintragung nicht mehr erfolgen, da das Verfügungsrecht des Vollmachtgebers, in dessen Namen erklärt worden ist, auch noch zu der Zeit der Eintragung fortbestehen muß (OLG 26, 4). Ferner fällt nicht unter § 878 die Bewilligung einer Vormerkungseintragung, da durch die Vormerkung nicht ein dingliches Recht begründet wird. Vgl. hierüber § 885 A 2. Weiter gehört auch die gegen den Schuldner, der demnächst in der Verfügung beschränkt wird, erfolgte Stellung des Antrags des Gläubigers

auf Eintragung einer Zwangshypothek (§ 867 ZPO) nicht hierher, da § 878 nur auf Eintragungen, die auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhen, sich bezieht (RG 84, 280; RJA 10, 232). — Anwendung findet § 878 aber auch in den Fällen der §§ 880 Abs 2, 1109 Abs 2, 1116 Abs 2, 1132 Abs 2, 1154 Abs 3, 1168 Abs 2, 1180 Abs 1, 1195 Abs 2, 1260 Abs 1. — Die durch rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 ZPO ersetzte Erklärung des Berechtigten steht auch hinsichtlich des § 878 der freiwilligen Erklärung gleich (vgl. § 873 A 7b).

2. **Nicht unwirksam** wird die Erklärung zufolge der Verfügungsbeschränkung nur dann, wenn beide Erfordernisse des § 878, die Unwiderruflichkeit der Erklärung und die Antragstellung, zu der Zeit bereits vorliegen, in der die Verfügungsbeschränkung eintritt. Eine bestimmte zeitliche Aufeinanderfolge der beiden Erfordernisse ist nicht vorgeschrieben. Insbesondere sind die Voraussetzungen des § 878 auch dann gegeben, wenn die Unwiderruflichkeit der Erklärung erst nach dem Antrag eingetreten ist, sofern sie nur vor der Verfügungsbeschränkung liegt (vgl. OLG 15, 231). — Ist dagegen die Erklärung von dem Berechtigten zwar abgegeben, kann sie aber von ihm widerrufen werden, so übt die Verfügungsbeschränkung ihre Wirkung aus. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Passivbeteiligte (Übertragende, Belastende, Aufgebende) die „Eintragungsbewilligung" des § 873 Abs 2 oder die „Löschungsbewilligung" des § 875 Abs 2 nicht in einer der Formen des § 29 Satz 1 GBO erklärt oder sie dem Aktivbeteiligten (Begünstigten) noch nicht ausgehändigt hat. Auch wenn der Passivbeteiligte in diesen Fällen selbst bereits den Antrag auf Eintragung bzw. Löschung gestellt hat (§ 13 Abs 2 GBO), wirkt eine Verfügungsbeschränkung, sofern sie vor der Eintragung bzw. Löschung eintritt, da der Passivbeteiligte zu dieser Zeit noch seine Erklärung widerrufen und den Antrag zurücknehmen (§ 32 GBO) kann. Darauf kommt es nicht an, ob auch tatsächlich die Erklärung widerrufen worden und der Antrag zurückgenommen ist. — Aber auch dann, wenn die Erklärung in bindender Form abgegeben ist, wirkt die Verfügungsbeschränkung, wenn sie nachher zu einer Zeit eintritt, in der ein Eintragungsantrag noch nicht gestellt ist. — Die Wirkung der Verfügungsbeschränkung besteht dann darin, daß die Eintragungsbewilligung bzw. die Löschungsbewilligung (oder in andern gleichliegenden Fällen sonstige Erklärungen, wie Übertragungs-, Belastungs-, Aufgabeerklärungen) gegenüber dem, zu dessen Schutze die Verfügungsbeschränkung besteht, unwirksam ist und die etwa auf ihrer Grundlage erfolgte Eintragung (Löschung) der Anfechtung unterliegt. Wirkt die Verfügungsbeschränkung (der Ausschluß der Verfügungsbefugnis) allgemein (absolut), so ist die Eintragung ganz nichtig (s. A 3). In letzteren Fällen muß das Grundbuchamt die beantragte Eintragung ablehnen, weil die Grundlage für die Eintragung, das dingliche Rechtsgeschäft, nichtig ist. Wenn dagegen die Verfügungsbeschränkung nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, darf das Grundbuchamt (auch wenn die Voraussetzungen des § 878 nicht vorliegen) die Eintragung nicht ablehnen, da der Passivbeteiligte trotz der Verfügungsbeschränkung an sich zur Verfügung befugt ist und die Verfügung für den Aktivbeteiligten (Erwerber des Rechtes) und gegenüber dritten Personen, die nicht zu den geschützten gehören, wirksam ist, auch hinsichtlich der geschützten Personen der Mangel (z. B. durch Genehmigung, Aufhebung der Verfügungsbeschränkung) wegfallen kann. Vgl. jedoch A 3 hinsichtlich der Ausnahme für den Konkurs und die Nachlaßverwaltung. Abgesehen von diesen Ausnahmen hat daher § 878 für das Grundbuchverfahren (die Vornahme der Eintragung) nur Bedeutung in den Fällen absolut wirkender Verfügungsbeschränkungen. Vgl. aber hinsichtlich der Löschungseintragungen mit Rücksicht auf die erforderliche Sicherung der geschützten Personen gegen die Wirkung des Rechtserwerbs in gutem Glauben RJA 3, 48; 4, 69; KGJ 22 A 315; 23 A 242; 25 A 278; 30 A 268. — Ferner hat die Vorschrift des § 878, daß die Erklärung durch eine nach Bindung und Antrag eintretende Verfügungsbeschränkung nicht unwirksam gemacht wird, nur die Bedeutung, daß die Verfügungsbeschränkung (z. B. die Konkurseröffnung) hinsichtlich der Rechtsgültigkeit der eingetragenen Rechtsänderung wirkungslos ist, indem die Rechtsänderung auch gegenüber dem, zu dessen Schutze die Verfügungsbeschränkung dienen soll (z. B. den Konkursgläubigern), als an sich gültig vollzogen zu gelten hat. Dies schließt natürlich nicht aus, daß die eingetragene Rechtsänderung aus anderem Grunde nichtig oder anfechtbar ist. Ein solcher anderer Grund ist z. B. auch, wenn (nach Bindung und Antrag, aber) vor der Eintragung der Konkurs über das Vermögen des Passivbeteiligten eröffnet worden war, die Anfechtung nach Maßgabe der §§ 29ff. KO (RG 51, 284; 81, 424; OLG 15 S. 230, 233).

3. **Die Beschränkung des Berechtigten in der Verfügung** im Sinne des § 878 umfaßt alle rechtlichen Behinderungen oder Beeinträchtigungen des an sich Berechtigten oder des Vertreters in der Befugnis, über das betreffende Recht durch Rechtsgeschäft zu verfügen, d. i. eine Änderung hinsichtlich des Rechtes (Übertragung, Belastung, Aufhebung, Inhaltsveränderung) unmittelbar (im Gegensatze zur Übernahme von Verpflichtungen zu Leistungen) durch eigene Machtvollkommenheit herbeizuführen (vgl. KGJ 51, 298), gleichviel, ob die Beschränkungen auf Rechtsgeschäft (z. B. letztwilliger Verfügung), behördlicher Anordnung oder unmittelbar auf (Reichs- oder Landes-) Gesetz beruhen (vgl. RJA

13, 250). Nach diesem Begriff der Verfügung ist z. B. eine Verfügungsbeschränkung nicht die Beschränkung des Eigentümers in der Befugnis zur Verpachtung seines Grundstücks, da mit dem Abschluß eines Pachtvertrags nur schuldrechtliche Beziehungen begründet werden (KGJ 51, 298). Die Verfügungsbeschränkung ist auch zu unterscheiden von Beschränkungen der Erwerbs- und Verpflichtungsfähigkeit, also der Fähigkeit, zu erwerben und sich persönlich zu verpflichten, und der Geschäftsfähigkeit, wodurch nicht die Befugnis, sondern die Fähigkeit zu einer wirksamen Verfügung beschränkt wird (§§ 104 ff., vgl. RJA 9, 277). In letzterer Hinsicht enthält bereits § 130 Abs 2 die allgemeine Vorschrift, daß eine Willenserklärung, wenn sie gemäß § 130 Abs 1, 3 wirksam geworden ist, durch den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit ebensowenig wie durch den Tod des Erklärenden unwirksam wird.

Unter § 878 aber fallen zunächst alle Arten teilweiser oder gänzlicher Entziehung der Verfügungs- und Vertretungsmacht, die **in den persönlichen Verhältnissen und Beziehungen des Erklärenden ihre Grundlage** haben, so z. B. nach §§ 26 Abs 2, 64, 70 (Vertretungsmacht des Vereinsvorstandes), § 710 (Vertretung der Gesellschaft), §§ 1357, 1394 ff., 1442 ff., 1516 (Vertretungsmacht nach Eherecht sowie Einfluß nachträglichen Eheschlusses nach Maßgabe des betreffenden Güterstandes, vgl. dazu RJA 9, 276), §§ 1630, 1641, 1643 ff., 1670, 1804 ff. (Vertretung nach Maßgabe der Vorschriften über die elterliche Gewalt und des Vormundschaftsrechts), §§ 2113 ff., 2121 (Vorerbe), §§ 2306, 2308, 2338 (mit Beschränkung als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter), § 2365 (Vermutung für die Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers), sowie die Konkurseröffnung (§§ 6, 7, 15 KO; s. unten) und die dieser in den Wirkungen ähnliche Anordnung der Nachlaßverwaltung nach §§ 1975 ff. BGB (s. unten). — Ferner fallen unter § 878 der Ausschluß und die Einschränkungen der Verfügungsmacht (insbesondere der Übertragungsmacht), die **aus sachlichen Gründen** hinsichtlich des betreffenden Rechtes erfolgen. Von diesen Beschränkungen kommen für § 878 **namentlich** in Betracht die **Veräußerungsverbote** der §§ 134—136. Diese beruhen auf Gesetz (§§ 134, 135) oder auf Anordnung der Gerichte oder anderer Behörden (§ 136). Zu den gesetzlichen gehört z. B. die Beschlagnahme des Vermögens Beschuldigter nach Maßgabe des § 93 StGB und der §§ 332 ff., 480 StPO (RG Gruch 33, 1092). Vgl. auch die in § 903 A 3 genannten, das Eigentum beschränkenden Gesetze. Ein gesetzliches Veräußerungsverbot ist ferner, wenn eine Klage gegen den Berechtigten oder den als solchen Eingetragenen ein eingetragenes Recht zum Gegenstande oder zur Voraussetzung hat, mit der Rechtshängigkeit gemäß §§ 265 Abs 1, 325 Abs 1, 2, 3 ZPO insofern verbunden, als das ergehende Urteil, wenn es einen Anspruch aus einer Reallast oder einem hypothekarischen Rechte betrifft, unbedingt (§ 325 Abs 3 ZPO), andernfalls bei Kenntnis der Rechtshängigkeit (§ 325 Abs 1, 2 ZPO, § 892 BGB) auch gegen den Erwerber des belasteten Grundstücks wirkt (vgl. RG 49, 366; 79, 165). — Veräußerungsverbote der Gerichte oder anderer Behörden im Sinne des § 136, die für § 878 Bedeutung haben können, sind z. B.: gerichtlich angeordnete Beschlagnahme nach § 140 Abs 3 StGB, §§ 325, 326 StPO; die Rechtspfändung nebst Verfügungsverbot nach §§ 829, 857 ZPO (vgl. dazu RJA 3, 154; 6, 239); die einstweilige Verfügung nach § 938 ZPO (vgl. RG 67, 42; JW 03 Beil 75; KGJ 30 A 240; OLG 4, 179); die Beschlagnahme eines Grundstücks zum Zwecke der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung nach §§ 23, 146 ZVG (vgl. dazu RG 84, 279; OLG 17, 352); das vom Konkursgericht erlassene allgemeine Veräußerungsverbot nach § 106 KO. — Darüber, ob und inwieweit bezüglich Rentengütern (Art 62 EG) nach der preußischen Rentengutsgesetzgebung eine Veräußerungsbeschränkung insofern besteht, als die Genehmigung der Generalkommission erforderlich ist, vgl. KGJ 47, 155.

Die Verfügungsbeschränkungen können entweder **im öffentlichen Interesse** stattfinden und allgemein und unbedingt (absolut) wirkend sein; oder sie können, wie in den meisten Fällen (so insbesondere die Veräußerungsverbote der §§ 135, 136), den **Schutz nur bestimmter Personen** bezwecken und wirken dann nur zugunsten dieser Personen, und zwar bezüglich der hier allein in Frage kommenden Grundstücksrechte auch noch mit der Einschränkung, daß sie einem rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Dritten nicht entgegenstehen, wenn sie weder aus dem Grundbuche ersichtlich noch dem Dritten bekannt sind (vgl. §§ 135 Abs 2, 892 Abs 1 Satz 2). In den zuerst genannten Fällen ist, soweit nicht § 878 Anwendung findet (s. A 2), die entgegenstehende Verfügung nichtig (vgl. § 134). Solche Verfügungsbeschränkungen sind z. B. verbunden mit: der Beschlagnahme des Vermögens Angeschuldigter nach §§ 332 ff. StPO, §§ 359 ff. MilStPO (M 3, 216; RJA 5, 260); forst- und baupolizeilichen Eigentumsbeschränkungen (OLG 6, 490); dem Recht der Gemeinde auf Entziehung des Grundeigentums gemäß dem Fluchtlinienplan (KGJ 25 A 147). Absolute Wirkung haben zum Teil auch die Verfügungsbeschränkungen und Verfügungsentziehungen auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts (vgl. §§ 1395 ff., 1404; s. hierüber § 892 A 11).

Was die **auf Rechtsgeschäft beruhenden Verfügungsbeschränkungen** anlangt, so bestimmt allerdings § 137 Satz 1, daß die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden kann (Gegensatz Satz 2:

Übernahme der obligatorischen Verpflichtung zur Nichtverfügung ist zulässig). Dies gilt aber nur, soweit nicht das Gesetz im einzelnen etwas anderes bestimmt. Vom Gesetz zugelassene rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen sind z. B. die der §§ 719 (Gesellschaftsanteil), 1442 (Anteil am Gesamtgute der ehelichen Gütergemeinschaft), 2113ff. (Nacherbe), 2211 (Testamentsvollstrecker). Auch die Beschränkungen zufolge Bedingungen oder Zeitbestimmungen (§§ 161, 163) gehören hierher (str., ob sie zu den Verfügungsbeschränkungen zu zählen sind; vgl. hierüber § 892 A 11 Abs 2). Ist z. B. ein Recht an einem Grundstück (abgesehen von der Auflassung, § 925 Abs 2) bedingt eingeräumt und tritt die diese Verfügung aufhebende oder beschränkende Bedingung erst nach Stellung des Eintragungsantrags ein, so hat ihr Eintritt keine Wirkung. — Nicht (rechtsgeschäftliche) Verfügungsbeschränkungen sind dingliche Rechte an fremder Sache, wie Pfandrechte, wenngleich sich auch aus ihnen Einschränkungen der Befugnis, über die mit ihnen belasteten Sachen zu verfügen, ergeben können. Bei der Verfügungsbeschränkung ist der davon Betroffene behindert, sein Recht, das ihm an sich unbegrenzt zusteht, im Wege der Verfügung auszuüben, während durch das Bestehen eines dinglichen Rechtes an fremder Sache das Recht des Betroffenen daran entsprechend vermindert ist, ihm aber über sein so vermindertes Recht die freie Verfügung, unbeschadet jenes vermindernden Rechtes, zusteht (RG 90, 237).

Hinsichtlich der für die Anwendung des § 878 neben den Veräußerungsverboten des § 136 besonders wichtigen **Konkurseröffnung** ist folgendes zu bemerken: die im § 878 genannten Erklärungen (formellrechtlich Eintragungsbewilligung, Löschungsbewilligung) sind Rechtshandlungen im Sinne der §§ 7, 15 KO, oder auch Verfügungen für sich allein, wenngleich es zur Vollendung der Rechtsänderung noch des nicht rechtsgeschäftlichen Tatumstandes der Eintragung bedarf (vgl. § 873 A 8, § 875 A 5). Nach § 6 KO „verliert" der Gemeinschuldner die „Befugnis", über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu „verfügen" und wird die „Verfügungsbefugnis durch den Konkursverwalter ausgeübt". Danach ist während des Konkursverfahrens nur eine der beiden genannten Personen, der Konkursverwalter, verfügungsberechtigt. Daraus folgt zunächst, daß das Grundbuchamt, wenn der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung eine der vorbezeichneten Erklärungen (über sein Grundstück oder über ein für ihn eingetragenes Recht an einem Grundstück) abgegeben hat, daraufhin eine Eintragung nicht vornehmen darf, sofern der Konkursvermerk eingetragen oder die Konkurseröffnung beim Grundbuchamte bekannt ist. Allerdings ist, wenn die Eintragung doch erfolgt ist, diese nebst der verfügenden Rechtshandlung des Gemeinschuldners gemäß § 7 nur den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Aber doch hat der Gemeinschuldner die Verfügungsbefugnis verloren. Dies darf das Grundbuchamt nicht unberücksichtigt lassen. Ihm gegenüber ist nur der Konkursverwalter verfügungsberechtigt. Ob und welche Wirkung eine an sich unberechtigte Verfügung des Gemeinschuldners materiellrechtlich dennoch hat, kommt für das Grundbuchverfahren nicht in Betracht. Insofern tritt also eine Sperre des Grundbuchs ein und ist zufolge des § 6 KO die Rechtslage eine andere (s. A 2) als bei den sonstigen Verfügungsbeschränkungen nur zugunsten bestimmter Personen (str., vgl. RG 71, 38, auch RJA 3, 46, a. M. RJA 2, 139; KGJ 30 A 268; KG in OLG 19, 204; vgl. aber jetzt KGJ 40 A 279). — Gleiches hat aber auch dann zu gelten, wenn die verfügende Erklärung zwar vor der Konkurseröffnung abgegeben worden, jedoch die Konkurseröffnung eingetreten, bevor der Eintragungsantrag gestellt worden ist. Die Verfügungsbefugnis des Passivbeteiligten muß grundsätzlich nicht nur zur Zeit der Abgabe der Erklärung, sondern auch zur Zeit der Eintragung vorliegen. Denn, wenngleich die Erklärung schon eine Verfügung ist, wird doch die Rechtsänderung erst durch die Eintragung vollzogen. Dies wird auch durch § 878 bestätigt, da hiernach nur die erst nach Stellung des Eintragungsantrags eintretende Verfügungsbeschränkung keine Wirkung hat (RJA 3, 47; 9, 276). Es darf daher das Grundbuchamt auch in diesem Falle, weil der passiv beteiligte Gemeinschuldner nicht mehr verfügungsberechtigt ist, einem Eintragungsantrage nicht stattgeben, wiewohl, wenn die Eintragung doch erfolgen würde, der für den Aktivbeteiligten durch die Eintragung eingetretene Erwerb gemäß § 15 Satz 1 KO nur den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam wäre (str., vgl. RJA 3, 47). Nur dann, wenn die Konkurseröffnung erst nach Stellung des Eintragungsantrags eingetreten ist, hat nach dem § 878, dessen Vorschrift im § 15 Satz 2 KO als unberührt bleibend erklärt ist, die Konkurseröffnung keinen Einfluß und ist trotz ihrer dem Antrage stattzugeben (RG 51, 286; OLG 19, 204). Hat sich auf Grund einer vom Gemeinschuldner in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebenen Erklärung die Rechtsänderung bereits vor der Konkurseröffnung außerhalb des Grundbuchs vollzogen und handelt es sich bei einem Antrag auf Eintragung, der nach der inzwischen erfolgten Konkurseröffnung gestellt wird, nur um Berichtigung des Grundbuchs (z. B. wenn eine vom Gemeinschuldner vor dem Konkurse erklärte Abtretung einer Briefhypothek, die durch Übergabe des Briefes vollzogen ist, nach der Konkurseröffnung in das Grundbuch eingetragen werden soll), so steht der Eintragung die Konkurseröffnung nicht entgegen, da schon vor dieser die Rechtsänderung zugunsten des

Aktivbeteiligten eingetreten war (KGJ 40 A 278). — Entsprechendes in allen diesen Beziehungen gilt gemäß § 1984 für die Anordnung der **Nachlaßverwaltung.** — Durch Anordnung der Geschäftsaufsicht nach der Bek, betr. die Anordnung einer Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkursverfahrens, v. 8. 8. 14 (RGBl 363) wird der Schuldner, soweit ihm auch zur Pflicht gemacht ist, nur mit Zustimmung der Aufsichtspersonen zu verfügen, doch nach außen in der Verfügungsmacht nicht beschränkt, Verletzung der Pflicht macht die Verfügung nicht ungültig (KGJ 47, 141). Vgl. dagegen über Nichtigkeit von Zwangssicherungshypotheken (§ 867 ZPO), die dem dem § 14 Abs 1 KO entsprechenden § 5 Abs 2 zuwider eingetragen werden, KGJ 50, 223.

Vormerkungen und Widersprüche sind nicht Verfügungsbeschränkungen, da sie sich nicht gegen die Befugnis zur Verfügung richten, sondern nur die vorläufige Sicherung eines persönlichen Anspruchs bzw. eines dinglichen Rechtes zum Gegenstande haben (s. § 883 A 2, 11).

4. Darüber, wann und unter welchen Voraussetzungen die Einigungserklärung des § 873, die Aufgabeerklärung des § 875, die Änderungserklärung des § 877 (formellrechtlich Eintragungsbewilligung, Löschungsbewilligung) **für den Berechtigten** (Passivbeteiligten) **bindend** wird, vgl. § 873 A 13, § 875 A 9 sowie hinsichtlich der Auflassung § 925 A 5, 13. Eine durch rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 Abs 1 ZPO ersetzte Erklärung steht auch hier (vgl. § 873 Abs 7 e) der rechtsgeschäftlichen Erklärung gleich (OLG 19, 204).

5. Der Antrag auf Eintragung, der nach § 30 GBO keiner Form bedarf und sonst nach § 13 GBO nur formellrechtliche Voraussetzung für die Vornahme der Eintragung ist, hat hier hinsichtlich des Einflusses einer nachträglichen Verfügungsbeschränkung zugleich materiellrechtliche Bedeutung. In dieser Beziehung erfordert das Gesetz aber nichts Weiteres, als daß der „Antrag" bei dem Grundbuchamte „gestellt", also daß er dort eingegangen ist (RG 53, 88). Auf seine Begründung kommt es materiellrechtlich nicht an. Hat das Grundbuchamt die Eintragung vorgenommen, so hat eine nach Eingang des Antrags eingetretene Verfügungsbeschränkung auch dann, wenn das Grundbuchamt den Antrag bei sachgemäßer Behandlung wegen Fehlens von (formellrechtlichen) Voraussetzungen hätte zurückweisen sollen, keine Wirkung, sofern das andere Erfordernis des § 878, die Unwiderruflichkeit der (sei es auch nicht zu den Grundakten, z. B. im Falle des § 875 Abs 2 bei notarieller Beurkundung, eingegangenen) Erklärung zur Zeit der Antragstellung gegeben war, oder zwar erst nachher, aber doch vor Eintritt der Verfügungsbeschränkung (s. A 2) gegeben ist. Anders verhält es sich freilich, wenn der Antrag vorher zurückgenommen (§ 32 GBO; KGJ 28 A 91) oder abgelehnt worden und auch die etwaige Beschwerde dagegen zurückgewiesen ist. Dann liegt tatsächlich ein Antrag nicht mehr vor. Setzt das Grundbuchamt gemäß § 18 Abs 1 Satz 1 GBO zur Hebung eines dem Antrage entgegenstehenden Hindernisses eine Frist, so besteht der Antrag auch im Sinne des § 878 fort, bis er etwa nach § 18 Abs 1 Satz 2 GBO zurückgewiesen wird (vgl. OLG 17, 353). Gleiches gilt, wenn das Grundbuchamt bei Eingang eines andern dasselbe Recht betreffenden Eintragungsantrags eine Vormerkung oder einen Widerspruch nach Maßgabe des § 18 Abs 2 GBO einträgt. Denn entscheidend ist auch hier allein, ob der Antrag noch fortbesteht oder inzwischen hinfällig geworden ist. Die Vorschrift des § 24 KO über die Wirkung von Vormerkungen kommt hier auch in den Fällen der Konkurseröffnung mit Rücksicht auf § 15 KO gar nicht in Betracht; überdies bezieht sich die Vorschrift, wie ihr Wortlaut ergibt, nur auf Vormerkungen zur Sicherung eines Anspruchs im Sinne des § 883 (str., RJA 10, 233). — Die Aushändigung der Eintragungsbewilligung an den Aktivbeteiligten steht für sich allein natürlich einem Eintragungsantrage nicht gleich (RJA 3, 47).

§ 879

Das Rangverhältnis unter mehreren Rechten[1]), mit denen ein Grundstück[2]) belastet[3]) ist, bestimmt sich[4]), wenn die Rechte in derselben Abteilung des Grundbuchs eingetragen sind, nach der Reihenfolge[5]) der Eintragungen[4]). Sind die Rechte in verschiedenen Abteilungen eingetragen, so hat das unter Angabe[6]) eines früheren Tages[4]) eingetragene Recht den Vorrang; Rechte, die unter Angabe desselben Tages[4]) eingetragen sind, haben gleichen Rang.

Die Eintragung ist für das Rangverhältnis auch dann maßgebend, wenn die nach § 873 zum Erwerbe des Rechtes erforderliche Einigung erst nach der Eintragung zustande gekommen ist[7]).

Eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses[8]) bedarf der Eintragung in das Grundbuch.

E I 840 II 800; M 3 225 ff.; P 3 88 ff.; 6 221.

1. Die Bedeutung des **Rangverhältnisses unter mehreren Rechten** äußert sich besonders im Falle der Zwangsversteigerung hinsichtlich der Feststellung des geringsten Gebots (§§ 44ff. ZVG) und der Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse (§§ 10—14, 109, 112ff. ZVG), sowie im Falle der Zwangsverwaltung hinsichtlich der Verteilung der Verwaltungsüberschüsse (§§ 155ff. ZVG). Der Inhaber eines vorgehenden Rechtes kann verlangen, daß er aus dem Versteigerungserlöse vor dem Inhaber eines nachstehenden Rechtes befriedigt werde. Gegen eine hiervon abweichende Verteilung des Erlöses kann er Widerspruch erheben und gemäß § 115 ZVG, §§ 876ff. ZPO klagend vorgehen. Auch hat er im Falle unrichtiger Auszahlung des Erlöses an einen nachstehenden Rechtsinhaber den Bereicherungsanspruch gemäß § 812 (RG 39, 379; 40, 292; 76, 381; JW 04, 72[44]). Anderseits jedoch belastet jedes Recht das ganze Grundstück, nicht etwa nur eine seinem Range entsprechende Wertsparzelle (Wertsparzellentheorie); es ergreift mit seinem Befriedigungsanspruche daher auch den ganzen Versteigerungserlös und braucht den voreingetragenen Rechten in dieser Hinsicht nur insoweit zu weichen, als sie materiellen Bestand haben (RG 60, 254).

2. Nur auf Belastungen eines **Grundstücks** bezieht sich § 879. Auf Belastungen von Rechten an Grundstücken findet er keine Anwendung. Über das Rangverhältnis mehrerer solcher Belastungen an dem nämlichen Rechte (z. B. eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts und eines Pfändungspfandrechts an der nämlichen Hypothek) enthält das BGB keine Bestimmung (KGJ 39 A 250). Da die Belastung unter den Begriff Veräußerung fällt und niemand mehr Rechte auf einen andern übertragen kann, als er ursprünglich hatte oder zur Zeit noch hat, so muß die ältere Belastung der jüngeren vorgehen. Es ist also der Zeitpunkt der Entstehung für das Rangverhältnis mehrerer Rechtsbelastungen (z. B. Nießbrauch und Pfändungspfandrecht an einer Buchhypothek) maßgebend. Auf dem nämlichen Grundgedanken beruhen auch die Bestimmungen des § 879 Abs 1: bei eintragungsbedürftigen Belastungen wird die in derselben Abteilung räumlich und die in der andern Abteilung zeitlich früher vermerkte regelmäßig auch die früher eingetragene und entstandene sein. Diese Regel wird nur für Grundstücksbelastungen, sofern nichts Abweichendes bestimmt ist (§ 879 Abs 3), als stets geltender Grundsatz festgelegt (vgl. Mot 3, 225). Für Rechtsbelastungen paßt dies nach der Art ihrer Eintragung nicht. Deshalb erscheint eine auch nur entsprechende Anwendung des genannten Grundsatzes auf sie ausgeschlossen. Nur für den Nachweis des maßgebenden Zeitpunktes der Einschreibung und damit der Entstehung kann hier die (räumliche) Reihenfolge oder, wenn die betreffenden Vermerke datiert sind und das Datum richtig angegeben ist, auch diese Datierung von Bedeutung sein (str., vgl. OLG 6, 202; a. M. KGJ 39 A 252, wonach bei mehreren eingetragenen Rechten an einem Grundstücksrechte für die Feststellung des Ranges nicht der Zeitpunkt der Entstehung, sondern, in welcher Weise die Rechte in das Grundbuch eingetragen sind, maßgebend sein soll).

3. Ein Grundstück ist im Sinne des § 879 **mit mehreren Rechten belastet** nur dann, wenn die Rechte eingetragen sind; denn nur bei eingetragenen Rechten kann von einer Reihenfolge und einer Datierung der Eintragungen die Rede sein. Uneingetragene Rechte, die trotz Nichteintragung als dingliche Grundstücksbelastungen bestehen (vgl. § 873 A 1: Nießbrauch und Sicherungshypothek nach §§ 1075 Abs 1, 1287 Satz 1 BGB, § 848 ZPO, sowie Artt 184, 187 EG), rangieren gemäß dem in A 2 Gesagten zunächst untereinander nach dem Zeitpunkte ihrer Entstehung. Aber auch im Verhältnisse zu eingetragenen Rechten ist dieser Zeitpunkt maßgebend, und zwar gilt dies dann auch für die letzteren Rechte; die Reihenfolge und die Datierung der Eintragungen sind hier nur als Beweismittel für den Zeitpunkt der Entstehung von Bedeutung. § 879 trifft lediglich über das Rangverhältnis unter mehreren eingetragenen Rechten Bestimmung. Nicht etwa rangieren die uneingetragenen Rechte, auch soweit sie eintragungsfähig sind, erst hinter allen eingetragenen Rechten mit Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs; in dieser Hinsicht gelten vielmehr, im allgemeinen wenigstens, die nicht eingetragenen, aber auch der Eintragung nicht bedürfenden Rechte als eingetragen (str., vgl. Prot 3, 77; RG 62, 99). Gegenüber den nach Maßgabe der §§ 1075 Abs 1, 1287 Satz 1 BGB, § 848 ZPO entstandenen Rechten ist allerdings ausnahmsweise der gutgläubige Erwerb gemäß § 892 wirksam, weil durch ihre Entstehung das Grundbuch im Sinne des § 894 unrichtig wird. Haben aber die Inhaber der eingetragenen Rechte das Bestehen solcher Rechte gekannt, so müssen sie auch das Rangverhältnis nach Maßgabe des Entstehungszeitpunkts gelten lassen. Wenn abgesehen hiervon ein nicht eingetragenes Recht, sofern seine Eintragung zulässig ist (vgl. § 873 A 5), zur Eintragung gebracht wird (vgl. Art 187 Abs 1 EG), ist es mit dem aus der Entstehungszeit sich ergebenden Range einzutragen, widrigenfalls ein Berichtigungsanspruch nach § 894 gegeben ist. Besondere Vorrangsrechte sind in §§ 914 Abs 1 Satz 1, 917 Abs 2 Satz 2 den Überbau- und Notwegrenten gewährt. Vgl. auch § 10 Nr 1—3 ZVG, Art 118 EG. — Ein unter einer aufschiebenden Bedingung oder einem Anfangstermin (s. § 873 A 7 „Vertragsnatur") eingetragenes Recht hat den Rang eines endgültigen Rechtes, wie aus der Wirkung des Eintritts der Bedingung bzw. des Termins nach §§ 161, 163 folgt (Prot 3, 91). Vgl. §§ 48, 50f., 119f. ZVG. — Dagegen fallen Vormerkungen und Widersprüche

nicht unter § 879, da sie keine „Rechte" am Grundstücke sind, sondern nur die vorläufige Sicherung von persönlichen Ansprüchen bzw. dinglichen Rechten zum Gegenstande haben (vgl. § 883 A 8, RJA 11, 146). Der Widerspruch erhält nur den Rang, der dem gesicherten dinglichen Rechte nach den zeitigen Rechtsverhältnissen zukommt. Wegen der Vormerkung vgl. die besondere Bestimmung im § 883 Abs 3 und A 14 dort, und wegen der Änderung des Ranges von Vormerkungen vgl. § 880 A 2 Abs 4. — Verfügungsbeschränkungen scheiden hier ebenfalls aus, weil sie nicht das Grundstück „belasten", sondern nur das Eigentumsrecht einschränken (vgl. KGJ 51, 298; § 880 A 2 Abs 4). — Ist eine Eintragung bezüglich eines Rechtes wegen Verletzung wesentlicher materiellrechtlicher Eintragungsvorschriften nichtig (z. B. weil eine Höchstbetragshypothek entgegen § 1190 ohne Angabe eines Höchstbetrags eingetragen, bei einer Hypothek nicht eines der Erfordernisse des § 1115 Abs 1 in den Eintragungsvermerk aufgenommen ist), so bleibt sie für die Rangverhältnisse außer Betracht. Wird der Mangel nachträglich behoben, so gilt dies nach dem Grundsatze des § 141 als eine neue Eintragung des Rechtes, die den rechtsgültigen eingetragenen Rechten nachstehen muß. Daher ist bei einer solchen Nachholung die Eintragung derartig zu bewirken, daß dieses Rangverhältnis aus dem Grundbuche ersichtlich ist (Löschung der alten Eintragung gemäß § 54 GBO und Neueintragung des Rechtes, oder in Preußen auch Vermerk in Spalte Veränderungen und bei den Zwischenrechten Vermerk des Vorrangs). Anders verhält es sich, wenn durch die Eintragung wegen Fehlens einer rechtswirksamen Einigung das eingetragene Recht zunächst nicht rechtsgültig begründet ist, demnächst aber die rechtswirksame Einigung nachgeholt wird. Vgl. hierüber A 7. — Ist ein Recht zu Unrecht gelöscht, so bleibt es materiellrechtlich bestehen, und zwar an sich mit dem bisherigen Range (vgl. RG 73, 174). Sind aber in der Zwischenzeit bis zu der vom Berechtigten gemäß § 894 veranlaßten Wiedereintragung neue Rechte eingetragen und haben die Erwerber auf die Vollständigkeit des Grundbuchs vertraut, so kann die Wiedereintragung nur mit dem Range nach diesen Rechten erfolgen (vgl. § 875 A 5, 6). — Mehrere Ansprüche aus dem nämlichen Rechte sind nicht „mehrere Rechte" im Sinne des § 879. Ihre Rangordnung bestimmt sich nach §§ 12, 10 Abs 1 Nr 4, Abs 2, 13 ZVG, entsprechend dem § 367 BGB, namentlich dahin, daß Kosten, Zinsen dem Hauptanspruche vorangehen. Bezüglich der einzelnen Teile des Hauptanspruchs, die in der Regel gleichen Rang haben, gelten, namentlich in den Fällen teilweisen Übergangs einer Hypothek auf einen andern als den bisherigen Alleingläubiger, Sonderbestimmungen, z. B. §§ 1143, 774 Abs 1, 1150, 268 Abs 3, 1164, 1176 (vgl. OLG 6, 202).

4. Die **Rangordnung bestimmt sich** nach Abs 1, soweit nicht gemäß Abs 3 Abweichendes eingetragen ist oder Sondervorschriften gegeben sind. Solche Sondervorschriften enthalten § 900 Abs 2 Satz 2 (Rang eines durch Tabularersitzung erworbenen Rechtes), § 1119 Abs 1 (Erhöhung der Zinsen einer Hypothek bis zu 5 Prozent mit dem bisherigen Range der Hypothek), § 1131 Satz 2 (im Falle der Zuschreibung eines Grundstücks gehen die an diesem bestehenden Rechte der Hypothek an dem Hauptgrundstücke im Range vor). Vgl. auch Art 118 EG (Vorbehalt für die Landesgesetzgebung bezüglich des Vorrangs von Meliorationsdarlehen, Landeskulturrenten vor andern Belastungen). Eine Übergangsbestimmung hinsichtlich der nach früheren Gesetzen begründeten Rechte gibt Art 184 EG. — Bei Vornahme der Eintragung mehrerer Rechte auf das nämliche Grundstück hat das Grundbuchamt nach §§ 45, 46 GBO zu verfahren. Ist von den Antragstellern über die Folgeordnung besondere Bestimmung getroffen, so hat es die Eintragungen derart zu gestalten, daß diese Folgeordnung im Grundbuche zum Ausdrucke gelangt (§ 46 Abs 3; vgl. für Preußen RJA 9, 200). Beim Mangel einer solchen Bestimmung gilt der Grundsatz, daß die Zeitfolge des Eingangs der Anträge (Eingangsvermerk: § 13 Abs 1 Satz 2 GBO) für die Bestimmung des Rangverhältnisses maßgebend ist, bei zu gleicher Zeit eingegangenen Anträgen aber die mehreren Eintragungen den gleichen Rang zu erhalten haben (KGJ 50, 155). Daher sind die mehreren Eintragungen, wenn sie in der nämlichen Abteilung des Grundbuchblattes zu bewirken sind, in der Reihenfolge vorzunehmen, die der Zeitfolge der Anträge entspricht, während bei gleichzeitig gestellten Anträgen im Grundbuche zu vermerken ist, daß die Eintragungen gleichen Rang haben (§ 46 Abs 1). Dabei ist jedes selbständige Recht unter einer besonderen Nummer einzutragen. Eine gemeinsame Eintragung mehrerer Rechte unter einer Nummer ist unzulässig (KGJ 20 A 101). Sind die mehreren Eintragungen in verschiedenen Abteilungen zu bewirken und sind die Anträge zu gleicher Zeit eingegangen, so sind sie unter Angabe des nämlichen Tages (§ 45) einzutragen, woraus sich dann nach § 879 Abs 1 Satz 2 Halbs 2 ihr gleicher Rang ergibt. Sind die Anträge zu verschiedenen Zeiten eingegangen, so ist verschieden zu verfahren, je nachdem die Anträge unter Beobachtung der Vorschrift des § 17 GBO (Erledigung zunächst des früher gestellten Antrags) zu verschiedenen Tagen oder an dem nämlichen Tage zur Erledigung gebracht werden. In dem ersteren Falle haben die Datierungen (§ 45) der Zeitfolge der Anträge zu entsprechen und wird dann ohne weiteres durch die Verschiedenheit der Datierung das Rangverhältnis gemäß § 879 Abs 1 Satz 2 Halbs 1 zum Ausdrucke gebracht. In dem zweiten Falle, also wenn die Eintragungen unter

Angabe desselben Tages bewirkt werden, ist zu vermerken, daß die später beantragte Eintragung der früher beantragten im Range nachsteht (§ 46 Abs 2). — Diese Vorschriften sind jedoch nur Ordnungsvorschriften. Bewirkt das Grundbuchamt die Eintragungen in anderer Reihenfolge bzw. mit anderer Datierung, als es nach der Zeitfolge der Anträge hätte geschehen sollen (z. B. zufolge irrtümlicher Auffassung über den Zeitpunkt des Antragseingangs), so bestimmt sich trotz des falschen Verfahrens das Rangverhältnis materiell gemäß Abs 1 § 879 nach der Reihenfolge bzw. der Datierung der Eintragungen, so wie sich nun aus dem Grundbuche ergibt (RG 57, 280; KGJ 34 A 290; OLG 36, 148; 38, 9). Gleiche Wirkung hat auch ein Rangvermerk des Grundbuchamts (s. oben), der der Zeitfolge der Anträge nicht entspricht (OLG 36, 148). Ein Berichtigungsanspruch gemäß § 894 gegen diejenigen Rechtsinhaber, deren Rechte bei richtigem Verfahren mit nachstehendem Range hätten eingetragen werden sollen, ist nicht gegeben, da allein durch den Eintragungsantrag des Benachteiligten für diesen kein dingliches Recht außerhalb des Grundbuchs begründet war, wodurch der Inhalt des Grundbuchs unrichtig geworden wäre (RG 57, 282; KGJ 34 A 291; OLG 36, 148, auch OLG 6, 263). Auch ein Bereicherungsanspruch (§ 812) besteht nicht, weil die genannten Rechtsinhaber ihre Voreintragung nicht ohne rechtlichen Grund und auch, da für den Benachteiligten durch den früheren Eingang seines Antrags allein ein Vermögensrecht nicht zur Entstehung gebracht worden ist, einen Vorteil nicht auf Kosten des Benachteiligten erlangt haben (RG 57, 283, vgl. auch 73, 175; OLG 6, 263). Höchstens könnte ein Anspruch aus einem etwaigen persönlichen Schuldverhältnisse zwischen dem Benachteiligten und den Rechtsinhabern oder aus einer etwaigen unerlaubten Handlung dieser in Frage kommen (RG 57, 282; vgl. OLG 6, 263). Sind allerdings die falschen Eintragungen noch nicht nach außen kundgegeben, so kann sie das Grundbuchamt noch ändern (RG 57, 284). Ist aber den Beteiligten von den Eintragungen bereits Kenntnis gegeben, so ist auch für die Eintragung eines Widerspruchs nach § 54 GBO kein Raum, da eben das Grundbuch nicht unrichtig ist (KGJ 34 A 291; OLG 6, 263; 36, 148; 38, 9). Desgleichen kann nicht durch eine Beschwerde, die überdies nach § 71 Abs 2 GBO überhaupt unzulässig wäre, eine Änderung der Einschreibungen herbeigeführt werden, weil dadurch in erworbene materielle Rechte eingegriffen werden würde. Der Benachteiligte hat nur einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Staat gemäß § 12 GBO, wenn ein Grundbuchbeamter vorsätzlich oder fahrlässig von den vorgenannten Ordnungsvorschriften zu seinem Nachteil abgewichen ist (vgl. RG 60, 394). Anders verhält es sich, wenn ein nicht eintragungsbedürftiges Recht mit unrichtigem Rang eingetragen worden ist (s. A 3), und anders auch, wenn im Falle einer Einigung der Beteiligten über das Rangverhältnis die Eintragungen nicht der Einigung entsprechen (s. A 8). — Ist ein Recht in eine unrichtige Stelle (unrichtige Abteilung) des Grundbuchs eingetragen, so kann die Eintragung dadurch richtiggestellt werden, daß das Recht mit dem aus seiner bisherigen Eintragung sich ergebenden Range in die richtige Stelle (richtige Abteilung) eingetragen wird (RG 94, 9; vgl. § 873 A 10).

5. Die **Reihenfolge** ist in dem Falle des Satz 1 (Eintragung mehrerer Rechte in der nämlichen Abteilung) auch dann maßgebend, wenn eine Eintragung nicht datiert ist und selbst wenn eine räumlich vorangehende Eintragung ein späteres Datum trägt als die räumlich nachfolgende (sog. Lokusprinzip). Ist jedoch eine Einschreibung in einen zufällig leeren Raum zwischen zwei bereits vorhandenen Eintragungen tatsächlich erst später erfolgt, so behalten die letzteren Eintragungen (soweit nicht demnächst ein Erwerb in gutem Glauben stattfindet) ihren Vorrang. Denn unter der Reihenfolge ist diejenige Aufeinanderfolge zu verstehen, die aus zeitlich nacheinander erfolgenden Einschreibungen sich ergibt (vgl. KGJ 41 A 224). Daraus folgt z. B., daß, wenn an der Stelle einer Vormerkung, wiewohl diese bereits erloschen war (s. § 886 A 3), (unzulässigerweise) noch die endgültige Eintragung des gesicherten Rechtes herbeigeführt wird, das Recht nicht den Rang hat, der sich nach § 883 Abs 2 aus der Vormerkungseintragung ergeben würde, sondern es den nach der Vormerkung inzwischen eingetragenen Rechten im Range nachsteht (KGJ 41, 225).

6. Enthält eine Eintragung (versehentlich, § 45 GBO, was aber die Eintragung nicht unwirksam macht, s. A 3) überhaupt nicht die **Angabe eines Tages**, so ist zu unterscheiden, ob sie in der betreffenden Abteilung an letzter Stelle steht oder ihr dort noch weitere Eintragungen folgen. Im ersteren Falle steht sie allen datierten Eintragungen in der andern Abteilung im Range nach, weil sie nicht gemäß Abs 1 Satz 2 § 879 „unter Angabe eines früheren oder eines gleichen Tages eingetragen" steht; im letzteren Falle muß sie, da sie gemäß der Reihenfolge (A 5) den in ihrer Abteilung nachstehenden Rechten im Range vorgeht, vor denjenigen Eintragungen in der andern Abteilung, die diesen Rechten nachstehen, mit Rechtsnotwendigkeit den Vorrang haben (str.). Sind mehrere Eintragungen in verschiedenen Abteilungen undatiert, so haben sie, wenn sie beide in ihren Abteilungen an letzter Stelle stehen, untereinander gleichen Rang. Steht nur eine der Eintragungen an letzter Stelle oder folgen beiden undatierten Eintragungen andere Eintragungen nach, so sind die zuerst genannten Grundsätze maßgebend (str.).

7. Kommt eine **Einigung erst nach der Eintragung** zustande, so wird die Eintragung, gleichviel ob ihr eine Einigung im Sinne des § 873 überhaupt nicht zugrunde lag oder die etwa erklärte Einigung nichtig war, an sich erst mit der nachträglichen rechtsgültigen Einigung wirksam, und auch erst mit diesem Zeitpunkte entsteht das eingetragene Recht (vgl. § 873 A 7c, 10). Nach der Vorschrift des Abs 2 § 879 soll aber das so entstandene Recht den Rang haben, der sich aus seiner vorherigen (rechtsunwirksamen) Einschreibung ergibt, auch wenn vor zustande gekommener Einigung ein anderes Recht eingetragen worden ist (Prot 3, 91). Dies ist allerdings für den Fall der Nichtigkeit der früheren Einigung bestritten. Jedoch ist eine nichtige Einigung einer zur Zeit der Eintragung überhaupt noch nicht erfolgten Einigung gleichzuachten.

8. Eine **abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses** ist, wie aus dem Zusammenhalte des Abs 3 mit Abs 1 zu entnehmen ist, eine solche Bestimmung, aus der folgt, daß das Rangverhältnis nicht ein derartiges sein sollte, wie es sich aus der Reihenfolge bzw. der Datierung der vorliegenden Eintragungen bei Anwendung der Grundsätze des Abs 1 ergeben würde. Abs 3 will nichts weiter besagen, als daß eine solche Bestimmung eingetragen sein müsse, wenn nicht das Rangverhältnis nach Maßgabe des Abs 1 gelten sollte. Das Rangverhältnis soll also lediglich aus den Einschreibungen entnommen werden dürfen, und zwar entweder nach Abs 1 aus der Reihenfolge bzw. der Datierung oder nach Abs 3 aus der etwa eingetragenen abweichenden Bestimmung. Durch welche Rechtshandlungen diese Bestimmung zu erfolgen hat, darüber verhält sich Abs 3 nicht. Nur so viel ist aus den Worten „abweichende Bestimmung" und „bedarf" zu folgern, daß es eine materiell rechtswirksame Bestimmung sein muß. Dies wird bestätigt dadurch, daß in der 2. Kommission die Vorschrift des Abs 2 § 840 E I, wonach ein anderes eingetragenes Rangverhältnis maßgebend sein solle, durch den jetzigen Abs 3 § 879 deswegen ersetzt worden ist, weil sie dahin aufgefaßt werden könnte, es habe jede Rangeintragung, auch eine solche, die unrichtig oder versehentlich eingeschrieben sei, rechtsbegründende (konstitutive) Wirkung (Prot 6, 221). Was zu einer rechtsgültigen Rangbestimmung erforderlich ist, bestimmt sich nach Lage des einzelnen Falles. Der Regelfall wird sein, daß die mehreren Rechte sämtlich erst eingetragen werden sollen. Dann kommt für alle diese Rechte § 873 zur Anwendung, da der Rang eines einzutragenden Rechtes einen Teil seines Inhalts bildet. Danach erfordert die Rangbestimmung in diesem Falle gemäß § 873 Abs 1 eine rechtsgültige Einigung zwischen dem Eigentümer und den Erwerbern der Rechte über die Rangverhältnisse. Formellrechtlich ist jedoch nach § 46 Abs 3 GBO zur Vornahme der Eintragung genügend, wenn von den Antragstellern (§§ 13ff., vgl. bezüglich des instrumentierenden Notars KGJ 26 A 83) oder, falls nur einer von den Beteiligten den Antrag stellt (z. B. wenn der Eigentümer mehrere Rechte zugleich eintragen läßt), von diesem das Rangverhältnis bestimmt wird. Anderseits bedarf diese Bestimmung, da sie eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung enthält, formellrechtlich der im § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebenen Form (KGJ 26 A 84), während materiellrechtlich auch die formlose Einigung wirksam ist. Steht die vom Grundbuchamte, sei es in Übereinstimmung mit dem Antrage (der an sich allerdings der Eintragungsbewilligung entsprechen muß, KGJ 26 A 84), sei es abweichend hiervon vorgenommene Eintragung des Rangverhältnisses mit der Einigung im Widerspruche, so ist diese Eintragung ebenso unwirksam, wie wenn ihr eine Einigung überhaupt nicht zugrunde läge. Die Folge davon ist, daß das gesetzliche Rangverhältnis eintritt, also nach Abs 1 § 879 die Reihenfolge (Satz 1) bzw. die Datierung (Satz 2) maßgebend ist. Lediglich insofern kann ein Berichtigungsanspruch gemäß § 894 in Frage kommen. Nicht aber kann auf Grund der Einigung eine dieser entsprechende Berichtigung verlangt werden, da die Einigung für sich allein ohne Eintragung ein Rangverhältnis außerhalb des Grundbuchs nicht begründet hat und daher nach dieser Richtung das Grundbuch nicht unrichtig ist. Nur auf Grund des etwaigen schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäfts (vgl. KGJ 26 A 290; OLG 6, 269) kann ein persönlicher Anspruch auf Herbeiführung einer der Einigung entsprechenden Änderung der Rangeintragung gegeben sein (str.). — Eine einseitige Bestimmung des Rangverhältnisses ist in den Fällen der Eintragungsbewilligungen nach §§ 885 (Vormerkung), 899 Abs 2 (Widerspruch), 1188 (Inhaberhypothek), 1195 (Inhabergrundschuld), 1196 (Eigentümergrundschuld) möglich. — Über den Fall, daß ein neu einzutragendes Recht den Vorrang vor einem bereits eingetragenen Rechte erhalten soll, vgl. § 880 A 1. — Abs 3 findet auch dann Anwendung, wenn auf Grund eines Rangvorbehalts (§ 881) ein Recht mit dem Range vor einem bereits eingetragenen Rechte eingetragen werden soll. Vgl. hierüber § 881 A 5.

§ 880

Das Rangverhältnis kann nachträglich[1]) geändert werden[2]).

Zu der Rangänderung ist die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten[3]) und die Eintragung der Änderung in das Grund-

buch erforderlich[4]); die Vorschriften des § 873 Abs 2 und des § 878 finden Anwendung[3]). Soll eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld zurücktreten, so ist außerdem die Zustimmung des Eigentümers erforderlich[5]). Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder einem der Beteiligten gegenüber zu erklären; sie ist unwiderruflich[6]).

Ist das zurücktretende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften des § 876 entsprechende Anwendung[7]).

Der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang geht nicht dadurch verloren, daß das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird[8]).

Rechte, die den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte haben, werden durch die Rangänderung nicht berührt[9]).

E I 841 II 801; M 3 228 ff.; P 3 91 ff.

1. **Nachträglich** im Sinne des § 880 ist die Rangänderung, durch die ein bestehendes Rangverhältnis umgeändert wird. Gemeint ist ein solches Rangverhältnis, über das § 879 Bestimmung trifft; denn § 880 schließt sich mit den Eingangsworten „Das Rangverhältnis" unmittelbar an § 879 an. § 880 betrifft also nur die Änderung des Rangverhältnisses zwischen bereits eingetragenen Rechten. Sollen mehrere Rechte erst eingetragen und dabei das Rangverhältnis festgesetzt werden oder soll ein einzutragendes Recht den Vorrang vor einem eingetragenen Recht erhalten, so handelt es sich um eine abweichende Bestimmung bei der Bestellung im Sinne des § 879 Abs 3 (s. dort A 8), nicht um eine „nachträgliche" Änderung des Rangverhältnisses (RJA 9, 53; KGJ 40 A 243; a. M. RG 69, 329; KGJ 21 A 308, wo in dem genannten zweiten Falle § 880 ebenfalls für anwendbar erachtet wird). In dem zweiten Falle kommt allerdings in Betracht, daß das eingetragene Recht insofern eine (nachträgliche) Änderung erfahren soll, als es sich hinsichtlich des Rangverhältnisses nicht mehr an die bisher vorgehenden Rechte unmittelbar anschließen, sondern ihm auch noch ein neu einzutragendes Recht vortreten soll (RG 69, 328). Aber auch in dieser Hinsicht steht nicht eine nachträgliche Änderung des „Rangverhältnisses" zwischen „mehreren" Rechten in Frage, sondern eine Änderung des „Inhalts" des „einen" eingetragenen Rechtes. Denn das Verhältnis, in welchem ein Recht zu andern Rechten hinsichtlich des Ranges steht, ist ein Teil des Inhalts des Rechtes. Daraus folgt, daß in einem solchen Falle zur Eintragung des neuen Rechtes mit dem Range vor dem bereits eingetragenen eine zweifache Einigung erforderlich ist: einmal eine Einigung zwischen dem Eigentümer und dem neuen Erwerber über das Rangverhältnis des einzutragenden Rechtes und sodann eine Einigung zwischen dem Eigentümer oder auch dem neuen Erwerber (vgl. Prot 3, 93) und dem Inhaber des eingetragenen Rechtes über das Vortreten des neuen Rechtes. Die erstere Einigung ist eine Rangbestimmung im Sinne des § 879 Abs 3, die letztere enthält eine Inhaltsänderung gemäß § 877 (vgl. RG Warn 1911 Nr 83). — In letzterer Beziehung gilt gleiches, wenn dem Eigentümer nachträglich die Befugnis vorbehalten werden soll, künftig ein Recht mit dem Range vor einem bereits eingetragenen Rechte eintragen zu lassen. Vgl. hierüber § 881 A 1.

2. Gemeint ist im § 880 nur eine **Änderung des Rangverhältnisses** durch Rechtsgeschäft, wie sich aus dem Erfordernisse der Einigung im Abs 2 ergibt. Daher gehören nicht hierher Rangänderungen, die nachträglich auf anderer Grundlage, insbesondere kraft Gesetzes eintreten. Vgl. über die Rangänderung der einzelnen Teile einer Hypothek im Falle des Übergangs eines Teiles auf einen andern als den bisherigen Gläubiger die §§ 1143, 774 Abs 1, 1150, 268 Abs 3, 1164, 1176, und über das Rangverhältnis der für die Forderungen gegen den Ersteher des zwangsversteigerten Grundstücks einzutragenden Sicherungshypotheken die §§ 128, 129, 131 ZVG. Eine Rangänderung im Sinne des § 880 aber ist es auch, wenn einer nachstehenden Post der gleiche Rang mit einer vorstehenden Post eingeräumt wird; denn letztere tritt dadurch teilweise zurück, erstere teilweise vor (KGJ 40 A 243).

Das **Wesen der Rangänderung** im Sinne des § 880 ist dahin zu bestimmen, daß durch sachenrechtliches Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung der Inhalt der in Betracht kommenden Rechte hinsichtlich des Rangverhältnisses geändert und zugleich eine Wechselbeziehung zwischen diesen Inhaltsänderungen festgesetzt wird. Gegenstand der Inhaltsänderung (s. A 1) ist, daß hinsichtlich sowohl der Pflicht, die Verdrängung durch etwaige vorgehende Rechte zu dulden, als auch des Rechtes, etwaige nachstehende Rechte verdrängen zu dürfen, das zurücktretende Recht den Rang des vortretenden Rechtes, und dieses den Rang des zurücktretenden erhalten soll, und zwar in der Weise, wie wenn von vornherein das eine Recht den Rang des andern gehabt hätte (vgl. RJA 1, 129; 9, 54; 9, 268; KGJ 39 A 254; 40 A 245). Die Wechselbeziehung aber besteht darin, daß nach Maßgabe der beiderseitigen Inhaltsänderungen das vortretende Recht gegenüber dem zurücktretenden berechtigt, dieses zugunsten jenes belastet

ist: der Inhaber des zurücktretenden Rechtes muß dulden, daß die aus dem Rechte fließende Befugnis, im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks unmittelbar nach den etwa vorgehenden Rechten den Versteigerungserlös in Anspruch zu nehmen, von dem Inhaber des vortretenden Rechtes für sich ausgeübt wird und daß ihn die etwa dem vortretenden Rechte vorgehenden Rechte (die Zwischenrechte) verdrängen. — Aus diesem Wesen der Rangänderung folgt, daß, wenn das vortretende Recht tatsächlich nicht besteht, die Rangänderung hinfällig ist. Denn es wird nicht eine persönliche Befugnis für den Inhaber begründet, sondern die Befugnis ist mit dem Rechte als Teil seines Inhalts verbunden und, wenn das Recht nicht besteht, kann ihm auch nicht die Befugnis erteilt werden. Wenn allerdings ein Dritter nach der Rangänderung das vortretende Recht in gutem Glauben erwirbt, wird gemäß § 892 mit dem Rechte auch die Rangänderung für den Erwerber wirksam. — Wird ferner das vortretende Recht späterhin aufgehoben, sei es kraft Gesetzes oder durch Rechtsgeschäft, so wird die Rangänderung hinfällig; denn die Belastung des zurücktretenden Rechtes hört wegen Fehlens eines Berechtigten auf, wie dies auch sonst bei Belastungen der Fall ist. — Besteht anderseits das zurücktretende Recht trotz der Eintragung zur Zeit der Rangänderung nicht, so ist diese ebenfalls ohne Wirkung; denn, wenn das belastete Recht nicht besteht, kann auch eine Befugnis aus der Belastung, die eine Veräußerung des Rechtes im weiteren Sinne ist (s. § 879 A 2), nicht erwachsen. Dies gilt sowohl dann, wenn die Eintragung für sich wegen Nichtbeachtung zwingender Einschreibungsvorschriften nichtig ist (s. § 879 A 3) und deshalb zur Entstehung des Rechtes nicht geführt hat, als auch, wenn der Eintragung eine Einigung nicht zugrunde liegt, oder die erklärte Einigung nichtig oder mit Erfolg angefochten ist (s. § 873 A 7, 10). Die Berufung auf Rechtserwerb in gutem Glauben (§ 892) kommt hier für den durch die Rangänderung Begünstigten nicht in Frage, da nach der Vorschrift des Abs 5, die insoweit eine Einschränkung des § 892 enthält, die Zwischenrechte durch die Rangänderung unberührt bleiben und, wenn keine Zwischenrechte vorhanden sind, das vortretende Recht auch ohne Rangänderung an die Stelle des nichtbestehenden Rechtes rückt (str.). — Wird das zurücktretende Recht späterhin durch Rechtsgeschäft aufgehoben, so geht nach der positiven Vorschrift des Abs 4 der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang dadurch nicht verloren. Daraus folgt allerdings, daß, wenn das zurücktretende Recht auf anderer Grundlage, insbesondere kraft Gesetzes, aufgehoben wird, die Rangänderung ihre Wirkung verliert (RJA 11, 153). Deshalb aber kann man nicht davon sprechen, daß die Rangänderung eine auflösend bedingte Rangabtretung sei. Ein Rang kann nicht losgelöst von dem Rechte abgetreten werden (M 3, 231, anders für gemeines Recht **RG** 12, 210). Es wird auch nichts abgetreten, sondern es wird der Inhalt der beiden Rechte geändert und das eine Recht zugunsten des andern nach der vorbezeichneten Richtung belastet; und die Rangänderung wird durch die Aufhebung des zurücktretenden Rechtes nicht deswegen hinfällig, weil sie rechtsgeschäftlich bedingt war, sondern, weil das durch sie belastete Recht von vornherein mit der aus dem Aufhebungsgrunde sich ergebenden Einschränkung (Rechtsbedingung) behaftet war (str.).

Aus dem dargestellten Wesen ergibt sich die **Wirkung der Rangänderung** (wenn sie durch Einigung und Eintragung gemäß Abs 2 vollzogen ist) von selbst dahin, daß sie nicht bloß zwischen den an ihr Beteiligten, sondern dinglich gegenüber allen Dritten wirksam ist, ausgenommen nach Abs 5 die Zwischenberechtigten (M 3, 232; Prot 3, 92; RJA 1, 129; 8, 72). — Gegenständlich erstreckt sie sich auch auf alle Nebenrechte des zurücktretenden Rechtes, und zwar selbst dann, wenn die Nebenrechte erweitert werden, da sie eine Belastung enthält und die erweiterten Nebenrechte Bestandteile des Rechtes werden (vgl. KGJ 26 A 140). Eine neue Rangänderung liegt in der Erweiterung nicht, auch insoweit nicht, als dadurch eine Rangverschlechterung der nachstehenden Rechte eintritt. Deshalb bedarf es im Falle der Erweiterung der Hypothek, z. B. hinsichtlich der Zinsen gemäß § 1119, nicht nach Abs 2 Satz 2 der Zustimmung des Eigentümers (KGJ 26 A 140). — Ist der Vorrang nur hinsichtlich eines von mehreren haftenden Grundstücken oder nur hinsichtlich eines reellen Teiles eines Grundstücks (vgl. § 6 GBO) eingeräumt, so kann im Falle der Zwangsversteigerung bevorrechtigte Befriedigung nur aus dem Erlöse des betreffenden Grundstücks bzw. Grundstücksteils verlangt werden (vgl. OLG 14, 85). — An dem Inhalte der beiden Rechte aber wird, abgesehen von dem Rangverhältnisse, nichts geändert. Daher ist insbesondere der Inhaber des zurücktretenden Rechtes nach wie vor berechtigt, über sein Recht zu verfügen. Er kann es übertragen, eine etwaige Forderung daraus (z. B. aus einer Hypothek) einziehen, auch darauf verzichten, Löschungsbewilligung erteilen usw., ohne daß er einer Zustimmung des Inhabers des vortretenden Rechtes bedarf. Jedoch kann dies, wie auch sonst bei Belastungen, nur unbeschadet der aus der Rangänderung sich ergebenden Befugnisse geschehen und insbesondere wird, auch soweit die Verfügung eine rechtsgeschäftliche Aufhebung enthält, dadurch gemäß Abs 4 an dem dem vortretenden Rechte eingeräumten Range nichts geändert. — Besonders aber äußert sich die Wirkung der Rangänderung im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks. Ist der Inhaber des zurücktretenden Rechtes

der betreibende Gläubiger, so ist das vortretende Recht in das geringste Gebot aufzunehmen, da es dem betreibenden Gläubiger vorgeht (§ 44 ZVG), während, wenn der Inhaber des vortretenden Rechtes betreibender Gläubiger ist, das zurücktretende Recht bei Feststellung des geringsten Gebots unberücksichtigt bleibt. Dies gilt auch dann, wenn Zwischenrechte vorhanden sind, da diesen gegenüber (s. Abs 5) die beiden Rechte als hinsichtlich des Ranges gegeneinander ausgetauscht anzusehen sind; sie werden im ersteren Falle in das geringste Gebot mitaufgenommen, im letzteren Falle nicht. Ist der Inhaber eines Zwischenrechts betreibender Gläubiger, so ist aus gleichem Grunde nur das vortretende Recht im geringsten Gebote zu berücksichtigen. Erhält der Inhaber des vortretenden Rechtes auf Grund seines Liquidates in der Rangstelle des zurücktretenden Rechtes eine Zahlung aus dem Bareriös, so wird nicht das letztere, sondern das erstere Recht befriedigt; denn der Liquidant übt den an sich dem zurücktretenden Rechte zustehenden Anspruch auf den Erlös für sein eigenes Recht aus, er ist der Zahlungsempfänger aus eigenem Recht. Daher tritt z. B., wenn das zurücktretende Recht eine Gesamthypothek ist, zufolge der Zahlung nicht gemäß § 1181 Erlöschen der Hypothek auf dem mithaftenden Grundstücke ein (vgl. **RG** 16, 249).

Gegenstand der Rangänderung können (im Gegensatze zu den früheren Rechten s. M 3, 228) alle Rechte sein, die ein Grundstück zulässigerweise belasten (s. § 873 A 6), also nicht nur hypothekarische Rechte, sondern z. B. auch ein Nießbrauch, eine Reallast. Für erstere Rechte besteht nur die Sondervorschrift des Abs 2 Satz 2, 3. Auch Teile eines Rechtes können unter ihrer bestimmten Bezeichnung sowohl im Verhältnis zueinander (vgl. § 1151) als auch im Verhältnis zu andern Rechten im Range geändert werden (KGJ 26 A 145; RJA 8, 70). Vgl. aber über Unzulässigkeit dinglicher Rangänderung der Hypothek für Zinsrückstände § 1159 A 2. Auch eine Vormerkung kann Gegenstand der Rangänderung sein, da sie zwar nicht ein dingliches Recht am Grundstücke ist, sondern nur einen Anspruch sichert (§ 883 A 8), aber nach § 883 Abs 3 der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, sich nach ihrer Eintragung bestimmt, sie also insoweit gleich einer endgültigen Belastung wirkt (vgl. § 48 ZVG) und daher § 880 auf sie entsprechend anzuwenden ist (RJA 2, 145; KGJ 39 A 197; 39 A 200; vgl. auch **RG** 55, 270). Ist eine Löschungsvormerkung (§ 1179) zugunsten einer Hypothek eingetragen, so nimmt sie, wenn der Rang der Hypothek geändert wird, als Nebenrecht ohne weiteres an der Rangänderung teil (vgl. RJA 11, 146). — Dagegen kann eine eingetragene Verfügungsbeschränkung des Eigentümers nicht Gegenstand der Rangänderung sein, da zwischen einem Rechte an einem Grundstücke und einer solchen Verfügungsbeschränkung, die sich nicht als eine Belastung des Grundstücks darstellt (vgl. § 879 A 3), überhaupt kein Rangverhältnis besteht (KGJ 51, 298).

Wird durch die Rangänderung das Rangverhältnis derart bestimmt, daß ein Recht hinter **mehrere Rechte** zurücktreten soll, so erhalten die letzteren Rechte gemeinsam den Rang des ersteren, wie wenn sie dort unter einer Nummer eingetragen wären, und haben innerhalb dieser Stelle gegebenenfalls nach Verhältnis ihres Umfanges unter sich gleichen Rang, sofern nicht ein anderes vereinbart ist. Hinsichtlich des etwa überschießenden Umfanges besteht ihr Rangverhältnis untereinander und zu andern Rechten fort. Soll dagegen nach einer Vorrangseinräumung das nämliche Recht späterhin noch hinter ein anderes Recht zurücktreten, so wird durch eine solche Verfügung über das durch die erste Rangänderung belastete Recht das Vorrecht des zuerst vortretenden Rechtes nicht geschmälert (str.; RJA 1, 129, auch 11, 298). In KGJ 47, 189 ist dagegen, unter Aufgabe von RJA 1, 129 (KGJ 20 A 181), angenommen, daß bei gleichzeitiger Vorrangseinräumung die mehreren vortretenden Rechte mangels anderweiter Rangänderung ihr bisheriges Rangverhältnis zueinander auch insoweit beibehalten, als ihnen der Vorrang eingeräumt ist (ebenso auch OLG 29, 323). Danach wird jedoch die gleichzeitige Vorrangseinräumung gleichgestellt einer Vorrangseinräumung zuerst für Recht 1 und dann später für Recht 2. In der gleichzeitigen Vorrangseinräumung aber ist, sofern nicht ein anderes zum Ausdruck gebracht ist, als erklärter Wille des Zurücktretenden anzusehen, seine Rangstelle den mehreren gleichzeitig Begünstigten zu gleichen Rechten zuzuweisen. — Wird einem Recht der Vorrang vor mehreren Rechten eingeräumt, so tritt es ohne Einschränkung vor diese, während sich an der Rangordnung der zurücktretenden Rechte untereinander nichts ändert (**RG** 64, 105; 79, 174; OLG 12, 278; 29, 322; RJA 11, 297; vgl. A 9). Die zurücktretenden Rechte haben auch dann nicht etwa gleichen Rang, wenn die Vorrangseinräumungen gleichzeitig bewilligt und eingetragen worden sind, falls nicht anderes vereinbart ist (RJA 11, 297; OLG 29, 322).

Eine **Aufhebung der Rangänderung** stellt sich als neue Rangänderung dar. Deshalb genügt nicht die einseitige Aufgabeerklärung des Berechtigten zur Aufhebung, vielmehr müssen die Erfordernisse des Abs 2 Satz 1 (Einigung und Eintragung) vorliegen (vgl. auch § 27 Abs 2 Satz 1 u. § 47 GBO). Der die Aufhebung von Grundstücksbelastungen betreffende § 875 ist nicht anwendbar. Nach Abs 2 Satz 2 bedarf es bei hypothekarischen Rechten auch der Zustimmung des Eigentümers (str.).

Nach der Übergangsbestimmung des Art 189 Abs 1 Satz 2 EG erfolgt die Rangänderung bis zur Anlegung des Grundbuchs nach den bisherigen Gesetzen.

3. Von der **Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten**, die zusammen mit der Eintragung die Rangänderung herbeiführt, gilt Entsprechendes wie von der Einigung des § 873. Der „Berechtigte" (Passivbeteiligte), der geschäftsfähig und verfügungsbefugt sein muß, aber zur materiellen Wirksamkeit der Einigung nicht als Inhaber des Rechtes eingetragen zu sein braucht, sofern er nur, was in bestimmten Ausnahmefällen gegeben sein kann, ohne Eintragung wirklich Inhaber ist, während er nach formellem Rechte (§ 40 Abs 1 GBO), sofern nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 40 Abs 2, 41 GBO vorliegt, allerdings sich zuvor eintragen lassen muß, ist hier der Inhaber des zurücktretenden Rechtes, und der „andere Teil" (Aktivbeteiligte) ist der Inhaber des vortretenden Rechtes. — Was die Befugnis zur Verfügung insbesondere anlangt, so ist z. B. der Eigentümer nicht befugt, ein Vorrecht vor einer Hypothek für den Fall, daß diese oder der jeweils abgetragene Teil ihm künftig als Eigentümergrundschuld zufallen sollte, einzuräumen, da nicht er, sondern ein anderer zur Zeit der allein verfügungsberechtigte Gläubiger der Hypothek ist (RG 84, 80; RJA 4, 244; 8, 73). — **Die Einigung hat** ferner **Vertragsnatur**, so daß sämtliche Vorschriften des allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte, auch die §§ 145ff., soweit nicht Ausnahmen aus dem im Abs 2 Satz 1 für anwendbar erklärten § 873 Abs 2 sich ergeben, Anwendung finden. Insbesondere kann die Einigung auch eine bedingte oder befristete (§§ 158, 163) sein (z. B. bedingt dadurch, daß die Forderung der vortretenden Hypothek voll zur Entstehung gelange); und zwar auch stillschweigend, aber mit der Maßgabe, daß die Bedingung oder Zeitbestimmung für den Erwerb des Vorrechts eingetragen werden muß, wenn sie dritten rechtsgeschäftlichen Erwerbern des vortretenden Rechtes gegenüber wirksam sein soll (RG 59, 315; 61, 42; 76, 373; JW 06, 353[14]; Gruch 52, 1060; vgl. auch Warn 09 Nr 408; 1911 Nr 83). Ist die vortretende Hypothek eine Baugelderhypothek, so ist, wenn nicht der Vortretende einen Anspruch auf bedingungslose Vorrangseinräumung gehabt hat oder besondere Umstände für eine andere Willensmeinung sprechen, als stillschweigend vereinbart anzusehen, daß der vortretenden Hypothek nur insoweit das Vorrecht zustehen soll, als ihre Forderung durch Zahlungen an den Eigentümer gemäß dem Baugeldervertrage je nach Fortschreiten des Baues zur Entstehung gebracht ist (RG 76, 375). Jedoch ist der stillschweigenden Vereinbarung nicht der Inhalt beizulegen, daß die Baugeldhypothek in Höhe der hierauf vom Baugeldgeber an den Grundstückseigentümer gezahlten Darlehnsteilbeträge immer nur dann den Vorrang vor der Hypothek des Zurücktretenden haben soll, wenn feststeht, daß der Neubau bis zu dem Bauabschnitte, dessen Herstellung nach dem Baugeldervertrage die betreffenden Darlehnsteilbeträge zur Fälligkeit bringen sollte, gänzlich restlos und völlig mängelfrei hergestellt ist. Hat der Baugeldgeber ohne Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt Teilbeträge auf die Hypothek in dem Glauben gewährt, daß die Bauabschnitte, deren Herstellung nach dem Baugeldervertrage die Fälligkeit der betreffenden Teilbeträge herbeiführen sollte, fertiggestellt seien, so ist, falls nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, anzunehmen, daß der Hypothek des Baugeldgebers in Höhe der gezahlten Teilbeträge der Vorrang vor der Hypothek des Zurücktretenden auch dann zusteht, wenn tatsächlich an den Bauabschnitten noch Bauarbeiten fehlen oder die Bauausführung Mängel aufweist (RG 83, 125, auch 86, 223). Hat sich der Verkäufer eines unbebauten Grundstücks in dem Kaufvertrage dem Käufer gegenüber verpflichtet, mit seiner Kaufgeldhypothek hinter eine vom Käufer zu einem bestimmten Betrag aufzunehmende Baugeldhypothek zurückzutreten, so ist dies dahin aufzufassen, daß der Verkäufer zur Vorrangseinräumung dann verpflichtet sein soll, wenn die demnächst vom Käufer bestellte Hypothek eine solche ist, deren Forderung in der vorbezeichneten Weise durch Zahlung von Teilbeträgen nach Maßgabe eines zwischen dem Käufer und dem Baugeldgeber geschlossenen Baugeldvertrags zur Entstehung gebracht werden soll (RG 86, 223; vgl. auch 92, 215). Daher ist, damit der Käufer von dem Verkäufer die Erfüllung seiner Verpflichtung zur Vorrangseinräumung mit Grund verlangen kann, erforderlich, daß dem Verkäufer dargetan wird, daß der Hypothekbestellung ein Baugeldvertrag zugrunde liegt, wonach das Baugelddarlehn in bestimmten Teilbeträgen je nach Fertigstellung der einzelnen Bauabschnitte zur Auszahlung gelangen soll, und zwar, wenn die Vertragschließenden nicht besondere Bedingungen vereinbart haben, ein Baugeldvertrag, dessen Bedingungen im großen und ganzen nicht wesentlich von den im Baugeldverkehr bei Berücksichtigung der Art des zu errichtenden Neubaus üblichen abweichen (RG 86, 223). Über den Fall der Verbindung einer bedingten Vorrangseinräumung mit einer Löschungsvormerkung zugunsten einer zurücktretenden Hypothek gegenüber einer vortretenden Hypothek (Baugeldhypothek) vgl. § 1179 A 7. — **Die Einigung hat weiter abstrakte Natur**, so daß sie losgelöst ist von dem (schuldrechtlichen) Grundrechtsgeschäfte und namentlich hinsichtlich der Richtigkeit und Anfechtbarkeit selbständiges Dasein hat (RG 48, 133). Das Grundrechtsgeschäft bedarf nur ausnahmsweise einer Form (z. B. wenn die Vorrangseinräumung schenkungsweise versprochen worden ist, § 518; RG 48, 135). — **Die Einigung bedarf** zur materiellen Wirksamkeit **nicht einer Form**; während nach

formellem Rechte zur Vornahme der Eintragung die Beobachtung der im § 29 Satz 1 GBO vorgesehenen Form notwendig ist, anderseits zur Begründung des nach § 13 GBO erforderlichen, formlosen (§ 30 GBO) Eintragungsantrags eines der Beteiligten (KGJ 28 A 268) die Bewilligung der Eintragung der Rangänderung seitens des Zurücktretenden als des in seinem Rechte durch die Eintragung Betroffenen für sich allein gemäß § 19 GBO genügt und dem Grundbuchamte die Einigung nicht nachgewiesen zu werden braucht (KGJ 21 A 309; 28 A 267; OLG 16, 151). — **Die Einigung kann** materiellrechtlich wirksam **auch erst nach der Eintragung erfolgen,** und zwar auch dann formlos (RJA 1, 128; KGJ 21 A 309). Mit ihrem nachträglichen Zustandekommen wird die bisher unwirksame Eintragung rechtsgültig und die Rangänderung vollzogen; der Vorrang des vortretenden Rechtes gilt aber nach § 879 Abs 2 schon von der Eintragung ab. — **Bindend** (unwiderruflich) **ist die Einigung,** wenn sie, sei es auch formlos, nach der Eintragung erklärt ist. Vorher ist sie nur dann bindend, wenn die Einigungserklärungen in einer der im § 873 Abs 2 vorgeschriebenen Formen abgegeben worden sind (vgl. **RG** Warn 1911 Nr 83). — Ist dies der Fall und ist bereits der Eintragungsantrag bei dem Grundbuchamte gestellt, so wird nach dem im Abs 2 Satz 1 für anwendbar erklärten § 878 die Einigungserklärung des Zurücktretenden nicht dadurch unwirksam, daß er **in der Verfügung** (z. B. durch Konkurseröffnung) **beschränkt** wird. — Die Einigungserklärung kann gemäß § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden; dieses Urteil steht auch in letzterer Hinsicht der freiwilligen bindenden Erklärung gleich. — Vgl. in allen den vorgenannten Beziehungen das Nähere in § 873 A 7—10, 13—17, sowie § 878 A 1—3. — Da die Einigung ein Vertrag ist, erfordert sie begrifflich den Abschluß zwischen zwei verschiedenen Personen (vgl. **RG** 47, 209; § 873 A 7, 9). Deshalb kann der Inhaber zweier Rechte an dem nämlichen Grundstücke nicht mit sich selbst eine Einigung über eine Änderung des Ranges der beiden Rechte erklären, noch der Inhaber eines Rechtes (z. B. einer Hypothek) durch sich selbst einem Teile des Rechtes vor dem anderen den Vorrang geben; auch im Falle der Übertragung des einen Rechtes bzw. Rechtsteils kann er die Rangänderung nicht anders bewirken, als daß er als Inhaber des ihm verbleibenden Rechtes bzw. Rechtsteils sich mit seinem Zessionar über die Rangänderung einigt (str.; vgl. A 5; RJA 8, 74; a. M. RJA 2, 50; KGJ 26 A 148; 40 A 241; 43, 236). Jedoch kann der Inhaber zweier Rechte mit dem Eigentümer eine Einigung dahin eingehen, daß das eine Recht den Rang des anderen erhalten solle. Es handelt sich dann aber nicht um eine Rangänderung durch Einigung zwischen dem Zurücktretenden und dem Vortretenden, sondern um eine Änderung des Inhalts der beiden Rechte im Sinne des § 877 (vgl. RJA 9, 54; 9, 268). Von diesem Gesichtspunkte aus waren die Entscheidungen in RJA 2, 50; KGJ 26 A 148; 40 A 241; 43, 236 im Ergebnisse richtig, da in den betreffenden Fällen der Eigentümer seine Zustimmung zu der Rangänderungserklärung des Gläubigers gegeben hatte und hierin eine Einigung nach §§ 877, 873 zu finden war. — Auf Grund des Grundrechtsgeschäfts kann gemäß § 883 auch eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Rangänderung eingetragen werden (vgl. RJA 9, 53).

4. Wegen der formellrechtlichen Voraussetzungen für die Vornahme der **Eintragung der Änderung in das Grundbuch** vgl. A 3. Sind die beteiligten Rechte verbriefte hypothekarische Rechte, so tritt als weitere Voraussetzung nach §§ 42, 43 GBO die Vorlegung der Briefe hinzu (RJA 4, 245; 8, 54; OLG 8, 319). — Die Anwendung des Eintragungsgrundsatzes auf die Rangänderung setzt voraus, daß das Recht, dessen Rang geändert werden soll, durch das Grundbuch nachgewiesen wird (**RG** 88, 163). Über die Frage, ob danach bei einer Hypothek für Zinsrückstände eine Rangänderung mit dinglicher Wirkung nach § 880 möglich ist, vgl. § 1159 A 2. — Wird, nachdem für ein in bestimmter Höhe einzutragendes (s. A 1) hypothekarisches Recht der Vorrang eingeräumt worden ist, das hypothekarische Recht zu einem geringeren Betrage eingetragen, so wirkt die Vorrangseinräumung auch für diesen Betrag, da die Bewilligung des Vorranges für den ganzen Betrag auch jeden Teil umfaßt (**RG** Warn 1911 Nr 83). Dies gilt selbst dann, wenn die Zinsen für den Teilbetrag erhöht werden, sofern nur bei Hinzurechnung der erhöhten Zinsen der ganze Betrag nicht überstiegen wird (**RG** Warn 1911 Nr 83). Auch kann der Berechtigte das hypothekarische Recht in Teilbeträgen nacheinander mit Vorrang eintragen lassen (**RG** Warn 1911 Nr 83). — Der Eintragungsvermerk über die Rangänderung muß, da die Rangänderung außer der Belastung des zurücktretenden Rechtes auch eine Änderung des Inhalts der beiden Rechte enthält (s. A 2; RJA 9, 268), nicht nur bei dem zurücktretenden, sondern auch bei dem vortretenden Rechte eingeschrieben werden, wenn die Rangänderung rechtsgültig vollzogen sein soll (vgl. KGJ 44, 256; 45, 293); dies um so mehr, als sonst in den Fällen, in denen die Löschung des zurücktretenden Rechtes, die dort auch den Rangvermerk umfassen würde, nicht die Aufhebung der Rangänderung zur Folge hat (s. A 8), die Rangänderung aus dem Grundbuche nicht mehr ersichtlich wäre (str.; vgl. Prot 3, 99). Der Vermerk wird derart zu gestalten sein, daß die Rangänderung und ihr Umfang, sowie auch eine etwaige Bedingtheit des Vorrangs des vortretenden Rechtes (s. A 3) aus dem

Grundbuche bei beiden Rechten deutlich erkennbar ist. Dabei ist, weil die Rangänderung auch eine Inhaltsänderung enthält, eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gemäß §§ 874, 877 nicht ausgeschlossen (str.). — Ist das vortretende Recht eine Briefhypothek, so ist die Rangänderung gemäß § 62 Abs 1 GBO auf dem Hypothekenbrief zu vermerken, und zwar: auf dem Brief über die zurücktretende Hypothek der Rangrücktritt und auf dem Brief über die vortretende Hypothek der Rangvortritt, außerdem ist hier der bei der zurücktretenden Hypothek eingetragene Rücktrittsvermerk wiederzugeben (KGJ 45, 291). Über Ergänzung des mit dem Briefe verbundenen Grundbuchauszugs gemäß § 57 Abs 3 GBO im Falle des Vorhandenseins von Zwischenhypotheken durch Angabe des Rangverhältnisses zu den übrigen Hypotheken vgl. RJA 11, 152.

5. Außer der Einigung (s. A 3) und Eintragung der Rechtsänderung (s. A 4) bedarf es ausnahmsweise auch noch der **Zustimmung des Eigentümers,** wenn das zurücktretende Recht **ein hypothekarisches Recht** (§§ 1113, 1191, 1199) ist, und zwar deswegen, weil das hypothekarische Recht nach Maßgabe der §§ 1143, 1163 f., 1168, 1170 ff., 1192, 1200 auf den Eigentümer übergehen kann und daher die Rangänderung in seinen Rechtskreis eingreift (Prot 3, 94; **RG** 88, 164; OLG 18, 108). Auf die rechtliche Natur des vortretenden Rechtes kommt es nicht an. Auch wenn dieses ein hypothekarisches Recht ist, bedarf es der Zustimmung des Eigentümers nicht, falls das zurücktretende Recht nicht ein hypothekarisches ist (OLG 8, 106). — Eine Ausnahme von der Ausnahmebestimmung enthält § 1151 (vgl. §§ 1192, 1200), wonach die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich ist, wenn bei der Teilung eines hypothekarischen Rechtes das Rangverhältnis der Teile untereinander geändert wird. Die Änderung des Rangverhältnisses der Teile kann aber erst bei Abtretung eines Teiles durch Einigung des bisherigen Gläubigers mit dem Teilzessionar erfolgen; der erstere kann für sich allein den Rang der Teile nicht ändern (str.; s. A 3). — Ist das zurücktretende Recht eine Hypothekvormerkung (s. A 2), so bedarf es der Zustimmung nicht, weil die Vormerkung kein hypothekarisches Recht ist, auch die Vorschriften über die Eigentümerhypothek auf sie keine Anwendung finden (str.). — Der Zustimmung des persönlichen Schuldners, wenn er nicht zugleich der Eigentümer ist, bedarf es nicht, wiewohl die Hypothek nach §§ 1164, 1174 unter Umständen ebenfalls auf ihn übergeht; sein Interesse wird durch § 1165 gewahrt. — Zu nicht rechtsgeschäftlichen Rangänderungen, auf die sich § 880 überhaupt nicht bezieht (s. A 2), bedarf es einer Zustimmung nicht, so z. B. nicht zur Eintragung eines Vorrangs auf Grund der §§ 128, 130 f. ZVG (s. A 2) oder zur Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich des Rangverhältnisses gemäß § 894 (vgl. OLG [6, 258] 8, 307; auch KGJ 49, 202). Jedoch ist, wenn eine Hypothek von einem nachstehenden Hypothekengläubiger auf Grund des Anfechtungsgesetzes mit Erfolg angefochten ist, ein Fall der Grundbuchberichtigung hinsichtlich des Ranges, da die Anfechtung nicht dingliche Wirkung hat, sondern nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das vom Schuldner veräußerte Vermögensstück gewährt (**RG** 47, 216; 56, 165; 70, 113; 71, 176), nicht gegeben (KGJ 49, 202; auch **RG** 71, 179; a. M. OLG 8, 307; 21, 409). — Von der Zustimmung des Eigentümers (Bewilligung der Eintragung genügt, KGJ 26 A 140) gilt hinsichtlich ihrer rechtlichen Natur, der Erfordernisse für ihre Gültigkeit, ihrer Wirkung das nämliche wie von der Zustimmung des Dritten im Falle des § 876. Vgl. hierüber § 876 A 3. Hervorzuheben ist hier: Die Zustimmung bedarf zur Gültigkeit nicht einer Form; jedoch formellrechtlich ist gemäß §§ 19, 29 GBO zur Eintragung der Rangänderung die Beibringung der Zustimmung in der Form des § 29 GBO erforderlich (OLG 18, 108). Auf die Wirksamkeit und Unwiderruflichkeit der Einigung zwischen dem Zurücktretenden und dem Vortretenden hat es keinen Einfluß, ob der Eigentümer zustimmt oder nicht. Eine rechtswirksame Rangänderung aber kommt beim Fehlen der Zustimmung nicht zustande, auch wenn die Rangänderung (versehentlich) eingetragen ist (vgl. KGJ 37 A 214). — Über die Frage, ob bei einer Hypothek für Zinsrückstände eine Rangänderung nach § 880 mit dinglicher Wirkung ohne Eintragung und ohne Zustimmung des Eigentümers möglich ist, vgl. § 1159 A 2.

6. Vgl. über Erklärung **„gegenüber dem Grundbuchamte“** § 875 A 7, 10 und über **„Unwiderruflichkeit“** der Zustimmungserklärung § 876 A 8.

7. Ist **das zurücktretende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet,** so bedarf es zur Rangänderung nach dem entsprechend anzuwendenden § 876 der Zustimmung des Drittberechtigten (z. B. des Nießbrauchers, des Pfandgläubigers; KGJ 37 A 213; OLG 20, 400). Beim Fehlen der Zustimmung kommt eine Rangänderung, auch wenn sie (versehentlich) eingetragen ist, nicht rechtswirksam zustande, da die Zustimmung zwingend vorgeschrieben ist (KGJ 37 A 217). Unzulässig ist auch eine Rangänderung mit der Einschränkung, daß die das zurücktretende Recht belastenden Rechte Dritter unberührt bleiben, diese also ihren Vorrang behalten sollen (KGJ 37 A 213). Im Falle der mittelbaren Belastung ist nach § 876 Satz 2 die Zustimmung des Drittberechtigten nicht erforderlich, wenn sein Recht durch die Rangänderung nicht berührt wird. Vgl. hierüber § 876 A 5. Die Zustimmung ist gegenüber dem Grundbuchamte (vgl. hierüber § 875 A 7, 10) oder dem durch die

Rangänderung Begünstigten zu erklären. Letzterer ist in der Regel der Inhaber des vortretenden Rechtes. Unter Umständen kann aber auch der Eigentümer durch die Rangänderung begünstigt sein.

8. Eine **rechtsgeschäftliche Aufhebung des zurücktretenden Rechtes, wodurch dem vortretenden Rechte der eingeräumte Rang nicht verloren geht,** ist z. B. der Verzicht des Inhabers auf das Recht, die Empfangnahme der Befriedigung, die Löschungsbewilligung. Auch wenn der Eigentümer das Recht auf Grund einer Löschungsbewilligung des Berechtigten löschen läßt, bleibt dem vortretenden Rechte der Rang erhalten (s. A 4 wegen des doppelten Rangvermerks) und die etwaigen Zwischenrechte rücken nicht vor. Dabei ist zu bemerken, daß eine Hypothek durch Befriedigung, Verzicht usw. überhaupt noch nicht aufgehoben wird, sondern gemäß §§ 1163, 1177 sich nur zu einer Eigentümergrundschuld umwandelt, für die natürlich die Rangänderung weiter gilt. — Wird dagegen das zurücktretende Recht auf anderem Wege, insbesondere kraft Gesetzes, aufgehoben, so wird auch die Rangänderung hinfällig (s. A 2) und das vortretende Recht tritt wieder in seine frühere Stelle zurück, während die Zwischenrechte vorrücken. Der Grund hierfür ist, daß die beschränkte Wirksamkeit und die Möglichkeit des Wegfalls dem zurücktretenden Rechte und damit auch dem gewährten Vorrechte von vornherein anhaftete. Derartige Aufhebungsgründe sind z. B. Eintritt der auflösenden Bedingung oder des Endtermins bei bedingten oder befristeten Rechten (§§ 158, 163), Tod des Berechtigten bei Nießbrauch, beschränkter persönlicher Dienstbarkeit, Altenteil (§§ 1061, 1090 BGB; Art 96 EG). Ist das zurücktretende Recht eine Gesamthypothek, so erlischt sie als zurücktretendes Recht auf dem einen Grundstücke, wenn und soweit die Hypothek aus dem anderen mithaftenden Grundstücke (§ 1182 Abs 2) oder durch dessen Eigentümer, ohne daß diesem ein Ersatzanspruch zusteht (§ 1173 Abs 1, 2), befriedigt wird, und wird damit ebenfalls (ganz bzw. zum Teil) die Rangänderung hinfällig. Ist die Beschränktheit des zurücktretenden Rechtes aus dem Grundbuche nicht ersichtlich (z. B. wenn bei bedingtem Rechte die Bedingung nicht eingetragen ist) und hat sie der Vortretende auch nicht gekannt, so wirkt gemäß § 892 der Eintritt des Aufhebungsgrundes gegen den Vortretenden nicht.

9. Die **Zwischenrechte** rücken, da sie **durch die Rangänderung nicht berührt** werden sollen, im Falle der Nichtigkeit des zurücktretenden Rechtes ebenso vor, wie wenn die Rangänderung überhaupt nicht stattgefunden hätte, und sie bleiben anderseits auf ihrer Stelle, wenn das vortretende Recht nichtig ist oder aufgehoben wird und infolgedessen das zurücktretende Recht in seine frühere Rangstelle zurücktritt (s. A 2). Im ersteren Falle kann sich der Vortretende auch nicht auf Rechtserwerb in gutem Glauben gemäß § 892 berufen, da Abs 5 eine Einschränkung der Wirkung eines solchen Rechtserwerbs enthält (s. A 2). Die Inhaber der Zwischenrechte können auch im Falle der Nichtigkeit (nicht auch der Anfechtbarkeit, § 143) des zurücktretenden Rechtes Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des Rechtes gemäß § 894 verlangen. Wird das zurücktretende Recht aufgehoben, so rücken sie nicht vor, wenn die Aufhebung durch Rechtsgeschäft erfolgt, wohl aber, wenn sie auf anderer Grundlage eintritt (s. A 8). — Die Rangänderung wirkt hinsichtlich der Zwischenrechte nur soweit, als sich der Umfang der beiden Rechte deckt (vgl. RJA 11, 153). Hat das zurücktretende Recht größeren Umfang, so behält es hinsichtlich des überschießenden Umfangs seinen Rang, während, wenn das vortretende Recht einen größeren Umfang hat, diesem der Vorrang vor den Zwischenrechten nur in Höhe des Umfangs des zurücktretenden Rechtes gebührt und es wegen des überschießenden Umfangs den Zwischenrechten nachsteht und nur dem zurücktretenden Rechte vorgeht (vgl. **RG** 79, 173). — Wenn z. B. vor der Hypothek 2 von 20000 Mark, die zufolge Vorrangseinräumung den Rang vor der Hypothek von 30000 Mark hat, der Vorrang für die Hypothek 3 von 100000 Mark eingeräumt wird und dann die Hypothek 3 bis auf 10000 Mark in Wegfall kommt, so gehen 10000 Mark aus der Hypothek 3 und 10000 Mark aus der Hypothek 2 der Hypothek 1 im Range vor (vgl. **RG** 79, 173, wo angenommen ist, es komme eine Hypothek, hier Hypothek 3 in Höhe von 90000 Mark, insoweit in Wegfall, als der Gläubiger im Verteilungstermin den baren Versteigerungserlös für seine Hypothek nicht in Anspruch nehme; s. dazu § 1168 A 1). Ist der Hypothek 3 auch vor der Hypothek 1 der Vorrang eingeräumt, so gehen der letzteren Hypothek 10000 Mark aus der Hypothek 3 und 20000 Mark aus der Hypothek 2 im Range vor, da die Rangänderung zwischen den Hypotheken 2 und 3 der Hypothek 1 nicht zum Vorteil gereicht und, wenn einer Hypothek vor mehreren vorgehenden Hypotheken der Vorrang eingeräumt wird, sie vor diesen den Rang an erster Stelle hat, während das Rangverhältnis zwischen den zurücktretenden Hypotheken nicht geändert wird (**RG** 79, 174; vgl. A 2 Abs 5). — In **RG** Gruch 58, 426 (JW 1913, 1147[5]) ist angenommen, daß, wenn für A eine Hypothek 1 und eine Hypothek 3 und für B ein im Range zwischen diesen Hypotheken stehendes Recht (z. B. ein Durchgangsrecht) eingetragen ist, der die Hypothek 1 gemäß §§ 1150, 268 ablösende B bezüglich der auf ihn übergehenden Hypothek 1 eine nach der Eintragung seines Rechtes ohne seine Zustimmung erfolgte Rangverschlechterung zugunsten der Hypothek 3 (z. B. durch Einräumung des gleichen Ranges)

nicht gelten zu lassen braucht, weil er vor der Rangänderung als Inhaber seines Rechtes die Möglichkeit gehabt habe, daß er, wenn A wegen der Hypothek 1 Befriedigung aus dem Grundstücke gesucht hätte, diese Hypothek durch Befriedigung des A mit dem Vorrange vor der seinem Rechte nachstehenden Hypothek 3 erwarb und er, wenn er nach der Rangänderung die Hypothek 1 nur mit der Wirkung hätte einlösen können, daß die Hypothek mit dem verschlechterten Range auf ihn überging, tatsächlich infolge der Rangänderung schlechter gestellt sein würde. Dem ist auf Grund der Bestimmung des Abs 5, daß Zwischenrechte durch die Rangänderung nicht berührt werden, von dem Gesichtspunkt beizustimmen, daß B durch die Eintragung seines Rechtes die Anwartschaft erlangt hat, im Falle A wegen der Hypothek 1 Befriedigung aus dem belasteten Grundstück verlangen werde, diese Hypothek zur Abwendung der Gefahr des Verlustes seines Rechtes im Wege der Ablösung im bisherigen Rechtszustande zu erwerben, und daß ihm diese Anwartschaft nicht durch Verschlechterung des Ranges der Hypothek beeinträchtigt werden kann. Darüber, daß A wegen seiner anderen Hypothek 3 nicht die Ablösung der Hypothek 1 versagen oder sie von der Befriedigung wegen der anderen Hypothek abhängig machen kann, vgl. § 1150 A 2.

§ 881

Der Eigentümer kann sich bei der Belastung[1]) des Grundstücks mit einem Rechte[2]) die Befugnis vorbehalten[3]), ein anderes, dem Umfange nach bestimmtes[4]) Recht[2]) mit dem Range vor jenem Rechte eintragen zu lassen[5]).

Der Vorbehalt bedarf der Eintragung in das Grundbuch; die Eintragung muß bei dem Rechte erfolgen, das zurücktreten soll[6]).

Wird das Grundstück veräußert, so geht die vorbehaltene Befugnis auf den Erwerber über[7]).

Ist das Grundstück vor der Eintragung des Rechtes, dem der Vorrang beigelegt ist, mit einem Rechte ohne einen entsprechenden Vorbehalt belastet worden, so hat der Vorrang insoweit keine Wirkung, als das mit dem Vorbehalt eingetragene Recht infolge der inzwischen eingetretenen Belastung eine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde[8]).

E I 842 II 802; M 3 233 f.; P 3 99 ff.

1. Aus den Worten **„bei der Belastung"** ist nicht zu schließen, daß ein Vorbehalt nicht anders zulässig sei, als wenn er gleichzeitig mit einer ursprünglichen Belastung gemacht werde. Abs 1 will weiter nichts besagen, als daß ein Vorbehalt überhaupt gemacht werden könne, daß der Eigentümer den Vorbehalt zum Inhalte der Belastung setzen dürfe. Dies erhellt, wenn man die Worte „kann sich bei der Belastung . . . vorbehalten" dahin auflöst: „wenn der Eigentümer sein Grundstück belastet, kann er die Bedingung setzen, daß künftig einzutragende Rechte den Vorrang haben sollen". Es ist auch kein Grund erfindlich, weshalb die ursprüngliche Belastung und die Bestimmung des Vorbehalts unbedingt zeitlich zusammenfallen müßten. Die herrschende gegenteilige Meinung (vgl. KGJ 21 A 306; RJA 7, 252; 9, 54) übersieht, daß das Rangverhältnis zu anderen gegenwärtig oder künftig konkurrierenden Rechten einen Teil des Inhalts, eine für die Durchführung und die Wertschätzung wesentliche Eigenschaft des Rechtes bildet (s. § 880 A 2) und daß daher der Rangvorbehalt den Inhalt des Rechtes selbst betrifft. Auf die Festsetzung dieses Inhalts findet, nachdem Abs 1 § 881 den Vorbehalt für zulässig erklärt hat, ebenso wie auf die Begründung des Rechtes im ganzen § 873 Anwendung. Dies ist die Rechtslage, wenn der Vorbehalt von vornherein bei Aufnahme der Belastung vereinbart wird. Wie aber der Inhalt eines Rechtes nachträglich überhaupt geändert werden kann, so muß er, da ein Vorbehalt zulässig ist, auch dahin geändert werden können, daß dem Rechte nunmehr der eine Einschränkung enthaltende Vorbehalt hinzugefügt wird. Auf diese Inhaltsänderung findet dann § 877 Anwendung, der wiederum auf § 873 verweist (vgl. RJA 9, 54; KGJ 39 A 195). Man kann auch die Inhaltsänderung wie überhaupt, so auch nach dieser Richtung als eine neue veränderte Belastung bezeichnen, so daß im Falle nachträglicher Festsetzung der Vorbehalt selbst dem Wortsinne nach ebenfalls „bei der Belastung" erfolgt (s. A 3).

2. Bei einem jeden **Rechte** (d. i. zu Lasten eines jeden Rechtes), mit dem ein Grundstück zulässigerweise rechtsgeschäftlich belastet werden kann (vgl. § 873 A 5), nicht allein bei Hypotheken, und anderseits für jedes Recht (d. i. zugunsten eines jeden Rechtes) dieser Art kann der Vorbehalt gemacht werden, z. B. auch bei einem hypothekarischen Rechte (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) für einen Nießbrauch, bei einer Reallast für eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, bei einem Altenteil für eine Hypothek. Auch eine Vormerkung kann aktiv und passiv Gegenstand eines Vorbehalts sein, da sie zwar kein „Recht" am Grundstücke,

aber doch mit Rücksicht auf § 883 Abs 3 hinsichtlich Festsetzung und Änderung der Rangverhältnisse den endgültigen Rechten gleichzustellen ist (s. § 880 A 2 „Gegenstand"; RJA 2, 145). Jedoch findet hier ein Rangvorbehalt bei der Eintragung der Vormerkung dann nicht statt, wenn die Eintragung auf Grund einstweiliger Verfügung (§ 885) erfolgt, da nur bei einer rechtsgeschäftlichen Belastung die Festsetzung eines Vorbehalts in Frage kommen kann. Aus letzterem Grunde scheidet hier auch die Belastung im Wege der Zwangsvollstreckung (z. B. durch Eintragung einer Zwangshypothek, § 867 ZPO) für die Frage des Vorbehalts aus.

3. Der **Rangvorbehalt bedarf** zur materiellen Rechtswirksamkeit **der Einigung** zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber des durch den Vorbehalt einzuschränkenden Rechtes (vgl. **RG** Warn 1913 Nr 324; RJA 7, 62). Aus den Worten „der Eigentümer kann sich vorbehalten" ist nicht zu folgern, daß eine einseitige Erklärung des Eigentümers genügt, daß also der Eigentümer z. B. auch nach vorbehaltloser Einigung mit dem Berechtigten über die Belastung bei Stellung des Antrags auf Eintragung des Rechtes nunmehr einseitig den Vorbehalt rechtsgültig erklären könnte und dem Berechtigten überlassen bleiben müßte, etwa auf Grund des (schuldrechtlichen) Grundrechtsgeschäfts die Beseitigung des vertragswidrigen Vorbehalts herbeizuführen (a. M. RJA 9, 54). Abs 1 § 881 bestimmt gar nicht, unter welchen Voraussetzungen ein Rangvorbehalt festgesetzt werden könne, sondern erklärt es nur überhaupt für zulässig, daß die Bedingung des Vorrangs später einzutragender Rechte zum Inhalte des belastenden Rechtes gemacht werde (s. A 1). In Übereinstimmung hiermit heißt es in den Motiven (M 3, 234): „Indem der § 842 (881) die Zulassung in seinem ersten Satze (Abs 1) ausspricht, macht er in seinem zweiten Satze (Abs 2) die Wirksamkeit des Geschäfts . . . von der Eintragung des Vorbehalts . . . abhängig". Die Voraussetzungen ergeben sich, abgesehen von der Eintragung, über die Abs 2 § 881 besondere Bestimmung trifft, im Falle der Festsetzung bei der ursprünglichen Belastung aus § 873 und im Falle der nachträglichen Festsetzung aus § 877 in Verbindung wieder mit § 873. Danach ist in beiden Fällen Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten, wie über den Inhalt der Belastung und dessen Veränderung, so auch über den Rangvorbehalt erforderlich, und es hat in beiden Fällen der Rangvorbehalt die Wirkungen des § 881. Von dieser Einigung gilt also auch überall das nämliche wie von der Einigung des § 873 und des § 877 überhaupt (vgl. § 873 A 7—10, 13—17, § 877 A 4). Hervorzuheben ist hier folgendes: Der Rangvorbehalt kann auch bedingt sein, z. B.: durch Verwendung der vollen Valuta einer künftigen Baugelderhypothek zu einem Neubau auf dem belasteten Grundstücke (s. § 880 A 3; RJA 7, 62); durch Löschung voreingetragener Rechte (RJA 7, 251; 11, 70; vgl. aber auch KGJ 48, 183, wo eine solche Löschung nicht als Bedingung, von der die Wirkung der auf die Begründung des Rangvorbehalts abzielenden Einigung abhängig gemacht worden wäre, sondern nur als nähere Bezeichnung der Art des Rechtes, für welches der Vorrang vorbehalten sein sollte, aufgefaßt worden ist). Der Vorbehalt kann dann nach Eintritt der Bedingung vollzogen werden (RJA 11, 70). Der „Berechtigte" im Sinne des § 873 bzw. § 877 (der in seinem Rechte betroffene Passivbeteiligte im Sinne des § 19 GBO) ist, wenn bei der ursprünglichen Belastung die Festsetzung des Vorbehalts erfolgt, der Eigentümer, der dem auf sein Grundstück einzutragenden Rechte, wie überhaupt, so auch hinsichtlich des Vorbehalts (materiell im Wege der Einigung mit dem Aktivbeteiligten) seinen (hier eingeschränkten) Inhalt gibt, während, wenn der Vorbehalt erst nachträglich festgesetzt wird, der Berechtigte (Passivbeteiligte) der Inhaber des zurücktretenden Rechtes ist, der seine Befugnisse zum Teil beschränkt (vgl. RJA 7, 252). Dieser Berechtigte muß geschäftsfähig sein und die Befugnis haben, über das Grundeigentum bzw. das zurücktretende Recht zu verfügen. Z. B. ist der Eigentümer nicht befugt, zu Lasten der aus einer Hypothek etwa künftig für ihn entstehenden Eigentümergrundschuld einen Vorbehalt zugunsten eines anderen Rechtes zu machen, da er gegenwärtig nicht Gläubiger der Hypothek ist (s. § 880 A 3). Ist der Vorbehalt eingetragen, wiewohl die Einigung über die Belastung sich auf ihn nicht erstreckt hat, oder ist die erklärte Einigung nichtig, so ist die Vorbehaltseintragung unwirksam und steht dem dadurch Verletzten der dingliche Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 zu (str.). Jedoch kann die Eintragung noch durch nachträgliche rechtsgültige Einigung wirksam werden. Ist umgekehrt der Vorbehalt nicht eingetragen, wiewohl er vereinbart worden war, so ist nur dem anderen Vertragsteil der persönliche Anspruch auf Herbeiführung der Vorbehaltseintragung auf Grund des Grundrechtsgeschäfts gegeben, nicht ein Berichtigungsanspruch, da der Vorbehalt mangels Eintragung nicht begründet worden und also das Grundbuch nicht unrichtig ist (vgl. RJA 7, 252).

Das **Wesen des Vorbehalts** ist in Anbetracht der Vorschriften in Abs 1, 3, 4 von zwei Gesichtspunkten aus zu bestimmen. Vom Standpunkte des Eigentümers aus wird durch den Vorbehalt ihm die auf Grund des Eigentumsrechts (§ 903) von vornherein gegebene Befugnis, ein Recht an erster Stelle eintragen zu lassen, trotz der bewirkten, an sich die Befugnis ausschließenden Eintragung erhalten bzw. bei nachträglichem Vorbehalte wieder zurückgegeben. Der Eigentümer behält sich daher mittels des Rangvorbehalts eine ihm auf Grund seines Eigentumsrechts zustehende Befugnis vor (RJA 11, 67; KGJ 48, 181). Vom Standpunkte des

Inhabers des zurücktretenden Rechtes handelt es sich um eine bedingte Vorrangseinräumung: Falls der jeweilige Eigentümer ein vorbehaltenes Recht eintragen läßt, soll dieses Recht innerhalb des bestimmten Umfangs den Vorrang haben (RJA 11, 67); und zwar unbeschränkt, insbesondere auch hinsichtlich der Inanspruchnahme des Erlöses im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks, dann, wenn das Recht bezüglich der Rangstelle sich unmittelbar an das zurückgetretene Recht anschließt oder auf etwaige nicht vorbehaltene Zwischenrechte aus irgendeinem Grunde von dem Versteigerungserlöse nichts entfallen kann, andernfalls unter Abzug der Zwischenrechtsbeträge (vgl. A 8). — Da das Recht aus dem Vorbehalte eine mit dem Eigentum verbundene, einen Teil des Eigentumsrechts darstellende Befugnis ist, kann es nicht selbständig Gegenstand einer Verfügung oder der Zwangsvollstreckung (z. B. Pfändung) sein (RJA 8, 53; 11, 69; OLG 17, 341; auch KGJ 48, 182). Der Gläubiger des Eigentümers ist auch nicht berechtigt, auf Grund vollstreckbaren Titels eine Zwangshypothek (§ 867 ZPO) durch entsprechenden Antrag derart zur Eintragung zu bringen, daß die Hypothek den Vorrang vor einer mit dem Rangvorbehalt belasteten Hypothek erlangt (str.). Nur durch ein den Eigentümer zur Bewilligung der Eintragung mit dem Vorrang verurteilendes rechtskräftiges Urteil (§ 894 ZPO) könnte die Eintragung einer Hypothek mit einem dem Vorbehalt entsprechenden Range erzielt werden.

Der Vorbehalt wirkt dinglich gegen jeden Dritten, jedoch mit der aus Abs 4 sich ergebenden Einschränkung bezüglich der Zwischenrechte. Läßt der jeweilige Eigentümer ein vorbehaltenes Recht eintragen, so ist die genannte Bedingung eingetreten und die Vorrangseinräumung endgültig vollzogen. Der Rang des vorbehaltenen Rechtes ist dann von dem Bestande des zurücktretenden Rechtes insofern nicht abhängig, als eine Aufhebung durch Rechtsgeschäft keinen Einfluß hat; denn die Verfügung über das zurücktretende Recht kann die erworbenen Rangrechte des Erwerbers des vorbehaltenen Rechtes nicht beeinträchtigen. Wenn dagegen die Aufhebung auf anderer Grundlage, insbesondere kraft Gesetzes, erfolgt (z. B. im Falle eines zurücktretenden Nießbrauchsrechtes zufolge Todes des Berechtigten), so wird auch der Vorrang für das vorbehaltene Recht hinfällig, weil das zurücktretende Recht und damit auch der Rangvorbehalt als Bestandteil des Rechtes von vornherein mit der Einschränkung behaftet war. Es gilt also hier im Ergebnisse das nämliche wie nach Maßgabe des § 880 Abs 3 von der Aufhebung des zurücktretenden Rechtes bei der Rangänderung (vgl. hierüber § 880 A 8). — Besteht das zurücktretende Recht trotz seiner Eintragung nicht (z. B. weil die Einigung fehlt oder nichtig ist) oder wird es, sei es rechtsgeschäftlich oder auf anderer Grundlage, aufgehoben, bevor der Eigentümer die vorbehaltene Befugnis ausgeübt hat, so ist bzw. wird auch der Vorbehalt hinfällig, weil er selbst ein Bestandteil des Rechtes ist und ein Rechtserwerb auf Grund des Vorbehalts nicht stattgefunden hat. — In RJA 11, 65 ist angenommen, daß, wenn nach Vollziehung des Vorbehalts das eingetragene Vorrangsrecht gelöscht werde, der Eigentümer auf Grund des Vorbehalts von neuem ein gleichartiges Recht mit Vorrang (z. B. nach Löschung einer auf Grund des Vorbehalts eingetragenen Vorrangshypothek eine neue Vorrangshypothek) eintragen lassen dürfe, es sei denn, daß der Vorbehalt auf einen Fall bestimmter Art beschränkt und dies im Grundbuch eingetragen sei. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Wie aus den Worten „ein anderes, dem Umfange nach bestimmtes Recht" zu entnehmen ist, kann der Eigentümer nur für ein einziges, dem Umfange nach zu bestimmendes und auch sonst zu kennzeichnendes (s. A 4) Recht, nicht für Rechte nacheinander die Rangänderung vorbehalten. Läßt der Eigentümer ein solches Recht mit der Erklärung eintragen, daß es das vorbehaltene Recht sein solle, so ist die vorbehaltene Rangänderung vollzogen und damit der Vorbehalt erledigt. Kommt demnächst das Vorrangsrecht in Wegfall und erlangt daher das zurückgetretene Recht den früheren Rang, so kann der Eigentümer nicht noch einmal für ein weiteres, sei es auch gleichartiges Recht eine Rangänderung auf Grund des Vorbehalts herbeiführen. — Durch den Vorbehalt wird aber der Eigentümer nicht gehindert, Eintragungen ohne Beilegung des vorbehaltenen Vorrechts zu bewilligen. Auch können im Wege der Zwangsvollstreckung gegen ihn solche Eintragungen (z. B. von Zwangshypotheken) bewirkt werden (RJA 8, 55). Derartige Eintragungen sind, wenn demnächst der Eigentümer das vorbehaltene Recht eintragen läßt, Zwischeneintragungen im Sinne des Abs 4 (s. A 8).

Die **Aufhebung des Vorbehalts** erfordert auch vor seiner Ausübung eine Einigung zwischen Eigentümer und Rechtsinhaber. Denn sie enthält nicht eine teilweise Aufhebung des zurücktretenden Rechtes, das vielmehr im vollen Umfange bestehenbleibt, sondern eine Inhaltsänderung, und deshalb kommt nicht § 875, wonach eine einseitige Verzichtserklärung des Eigentümers außer der Löschung genügen würde, sondern § 877 zur Anwendung (str.). Formellrechtlich aber genügt auch hier zur Vornahme der Löschung nach §§ 19, 29 GBO die formgerechte Löschungsbewilligung des Eigentümers. — Erlischt das mit dem Vorbehalt belastete Recht (z. B. zufolge Zuschlags bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks), bevor der Vorbehalt ausgeübt ist, so erlischt auch der Vorbehalt (s. A 7).

4. Das vorbehaltene Recht ist dann **dem Umfange nach bestimmt**, wenn aus dem Grundbuche sich klar ergibt, bis zu welchem Höchstbetrage es den Vorrang haben soll (vgl. **RG** Warn 08 Nr 319). Dies ist im Falle des Vorbehalts einer Hypothek zu einem bestimmten Betrage auch dann gegeben, wenn der Hypothek der Vorrang nur insoweit zustehen soll, als die durch sie gesicherte Forderung (z. B. Baugelddarlehn) zur Entstehung gelangt, da der ausscheidende Teil bestimmbar ist (RJA 4, 250; auch 7, 62; **RG** JW 05, 434[14]). Soll eine vorbehaltene Hypothek verzinslich sein, so muß der Zinsfuß oder der Höchstbetrag, bis zu dem auch die Zinsen den Vorrang haben sollen, angegeben sein (RJA 4, 247). Ist die Hypothek als eine unverzinsliche vorbehalten, so erhalten hinzugefügte Zinsen, auch wenn sie den Zinssatz von 5% nicht überschreiten, den Vorrang nicht; § 1119 kommt hier nicht zur Anwendung, da durch die Vorbehaltseinigung die Zinsen von der Erlangung des Vorrangs ausgeschlossen sind. — Abgesehen von dem Umfange muß auch das Recht selbst so deutlich bezeichnet sein, daß sein Gleichsein mit dem später einzutragenden Rechte unzweifelhaft ist. Die Bezeichnung der Person aber, der das vorbehaltene Recht zustehen soll, ist nicht erforderlich.

5. Ein Recht erlangt den **Rang vor einem** andern **Recht** auch dann, wenn es gleichen Rang mit diesem Recht erhält, da es teilweise dem letzteren Rechte vortritt (vgl. § 880 A 2). Daher ist auch ein Vorbehalt der Eintragung eines Rechtes mit gleichem Range zulässig (a. M. KGJ 39 A 194). — Bei der **Eintragung des vorbehaltenen Rechtes** muß, wie im § 842 E I ausdrücklich vorgeschrieben war, jetzt aber aus § 879 Abs 3 zu entnehmen ist (vgl. Prot 3, 100), eine fernere Eintragung erfolgen, aus der ersichtlich ist, daß dieses Recht das kraft des Vorbehalts mit Vorrang versehene Recht ist (RJA 9, 200). Einer Eintragung des Vorrangs bei dem zurücktretenden Rechte bedarf es zur materiellen Wirksamkeit hier nicht (s. dagegen hinsichtlich der Rangänderung § 880 A 4), da dort der Vorrang bereits aus dem eingetragenen Vorbehalte erkennbar ist (RJA 9, 202). Auch formellrechtlich ist durch Reichsgesetz eine solche Eintragung nicht vorgeschrieben. Wo aber auch landesrechtlich (wie z. B. in Preußen, Formular zur Vf v. 20. 11. 99 Abt II Nr 2, Abt III Nr 4) diese Eintragung erfordert ist, hat sie, da sie die dingliche Rechtslage nicht ändert, sondern nur eine Tatsache bekundet, nicht die Bedeutung einer Eintragung im Sinne des § 42 Abs 1 Satz 1 GBO, so daß, wenn das zurücktretende Recht eine Briefhypothek ist, es der Vorlegung des Briefes nicht bedarf (RJA 9, 201). — Die Zustimmung des Inhabers des zurücktretenden Rechtes zu der Eintragung ist weder materiellrechtlich noch formellrechtlich erforderlich, da der Vorrang schon im voraus bewilligt ist (s. A 3 „Wesen") und das durch den Vorbehalt inhaltlich eingeschränkte Recht nicht im Sinne des § 19 GBO durch die Ausübung des Vorbehalts betroffen wird (RJA 9 S. 67, 201). Vielmehr genügt formellrechtlich zur Vornahme der Eintragung gemäß § 19 GBO die einseitige Eintragungsbewilligung des Eigentümers. — Bei der Vornahme der Eintragung hat das Grundbuchamt hinsichtlich des Umfangs nur zu prüfen, ob das einzutragende Recht für sich die Grenzen des Vorbehalts innehält, dagegen nicht, ob und inwieweit durch etwaige in der Zwischenzeit erfolgte Eintragungen ohne Vorbehaltsrecht (z. B. durch Zwangshypotheken) der Vorbehalt bereits erschöpft ist; denn welchen Einfluß solche Zwischeneintragungen auf die Rangverhältnisse des vorbehaltenen Rechtes haben, läßt sich erst bei der Zwangsversteigerung feststellen (s. A 8). — Zulässig ist auch eine mehrfache Eintragung von Vorrangsrechten insofern, als die vorbehaltene Rangstelle durch mehrere gleichartige Rechte ausgefüllt werden kann, die erst in ihrer Gesamtheit den Umfang des Rangvorbehalts erreichen oder hinter ihm noch zurückbleiben (RJA 11, 66). — Ferner kann ein bereits eingetragenes, dem Vorbehalt entsprechendes Recht, dem bei der Eintragung das Vorrecht nicht beigelegt worden ist, nachträglich gemäß § 877 als dasjenige Recht bestimmt werden, das den vorbehaltenen Rang einnehmen soll (RJA 11, 70).

6. Durch die **Eintragung des Vorbehalts** bei dem zurücktretenden Rechte tritt der Vorbehalt erst in Wirksamkeit. Die ferner erforderliche Einigung (s. A 3 „Einigung") kann auch erst nach der Eintragung erfolgen. Dann tritt die Wirksamkeit erst mit dem Zeitpunkte der Einigung ein. Der Eintragungsvermerk muß entsprechend der Einigung das vorbehaltene Recht und dessen Umfang mit Bestimmtheit bezeichnen. Eine völlige Ersetzung der Aufnahme in den Eintragungsvermerk durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist unzulässig, da ausdrücklich die Eintragung des Vorbehalts vorgeschrieben ist (**RG** Warn 08 Nr 319; KGJ 46, 202; 48, 181). Sind nähere Bestimmungen über die Art des Rechtes, für welches der Vorrang vorbehalten sein soll, gegeben, so ist insoweit § 874 entsprechend anzuwenden und eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur näheren Bezeichnung des Inhalts der Bestimmungen zulässig, als bei Eintragung des vorbehaltenen Rechtes selbst nach § 874 eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig wäre (str.; vgl. KGJ 48, 182, wo jedoch der Rangvorbehalt einer Grundstücksbelastung gleichgestellt und allgemein wie bei dieser die Bezugnahme zur näheren Bezeichnung des Inhalts der Rangvorbehaltsbestimmungen für zulässig erachtet wird).

7. Die **vorbehaltene Befugnis geht auf den Erwerber des Grundstücks über,** gleichviel, ob die **Veräußerung** freiwillig oder im Wege der Zwangsversteigerung erfolgt (Prot

3, 102; RJA 11, 68). Im letzteren Falle gilt dies jedoch nicht, wenn zufolge des Zuschlags gemäß §§ 52 Abs 1 Satz 2, 91 Abs 1 ZVG das zurücktretende Recht erlischt. Dann erlischt mit diesem Rechte auch der Vorbehalt, weil er mit zum Inhalte des Rechtes gehört (RG JW 07, 703[4]).

8. Eine **Beeinträchtigung durch Zwischeneintragungen** (s. A 3 Abs 2, 3) **über den Vorbehalt hinaus** kann für das zurücktretende Recht nur dann in Frage kommen, wenn bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks der Versteigerungserlös nicht ausreicht, um die bei dem Rangvorbehalte beteiligten Rechte und die Zwischeneintragungen zu decken, und ein Teil des Erlöses auf die letzteren entfällt. Wenn der Erlös nicht den Betrag übersteigt, der zur Deckung des zurücktretenden Rechtes erforderlich ist, tritt das vorbehaltene Recht im Umfange des Vorbehalts hinsichtlich des Anspruchs auf den Erlös an die Stelle des zurücktretenden Rechtes trotz der Zwischeneintragungen, da diese vom Erlöse nichts erhalten, also ihr Bestehen die Rangstellung des zurücktretenden Rechtes bei der Liquidation nicht verschlechtert. Geht dagegen der nicht ausreichende Erlös über den zur Deckung des zurücktretenden Rechtes erforderlichen Betrag hinaus, so mindert sich die Vorrangstellung des vorbehaltenen Rechtes um den Betrag, der auf die Zwischeneintragungen entfällt, da, wenn in diesem Falle das vorbehaltene Recht unverkürzt an die Stelle des zurücktretenden hinsichtlich des Anspruchs auf den Erlös treten würde, das letztere Recht nicht unmittelbar nach dem ersteren liquidationsbefugt wäre, also in Höhe des auf die Zwischeneintragungen entfallenden Betrags durch die Zwischeneintragungen beeinträchtigt sein würde. Sind daher z. B. an Hypotheken eingetragen für A 10000 Mark mit dem Vorbehalte, für B vorbehaltlos zwischeneingetragene 100 Mark und für C vorbehaltene 10000 Mark, so erhält, wenn der Erlös 10000 Mark beträgt, C diese 10000 Mark, während A und B ausfallen (irrtümlich Prot 3, 101, wonach C nur 9900 und B 100 Mark erhalten soll); und, wenn der Erlös 11000 Mark beträgt, erhält A 1000, B 100 und C 9900 Mark, während, wenn der Erlös 10050 Mark beträgt, A 50, B 50 und C 9950 Mark erhält. — Bei der Feststellung des geringsten Gebots (§§ 44 ff. ZVG) ist im Falle von Zwischeneintragungen das vorbehaltene Recht nur insoweit mit einem Range vor dem zurücktretenden Rechte zu berücksichtigen, als nach Abzug der Beträge der Zwischeneintragungen von dem Betrage des vorbehaltenen Rechtes ein überschießender Betrag dieses Rechtes verbleibt.

§ 882

Wird ein Grundstück mit einem Rechte belastet, für welches nach den für die Zwangsversteigerung geltenden Vorschriften dem Berechtigten im Falle des Erlöschens durch den Zuschlag der Wert aus dem Erlöse zu ersetzen ist[1]), so kann der Höchstbetrag des Ersatzes bestimmt werden[2]). Die Bestimmung bedarf der Eintragung in das Grundbuch[3]).

E II 867; P 6 242.

1. Solche **Rechte, deren Wert aus dem Erlöse zu ersetzen ist,** sind diejenigen, an deren Stelle im Falle ihres Erlöschens durch den Zuschlag (§§ 52 Abs 1, 91 Abs 1 ZVG) gemäß § 92 Abs 1 ZVG der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse tritt, die also nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet sind. Daher betrifft § 882 nicht Hypotheken und Grundschulden. Ferner bestimmt sich bei ablösbaren Rechten der Betrag der Ersatzleistung gemäß § 92 Abs 3 ZVG nicht durch den Wert, sondern durch die Ablösungssumme. Deshalb scheiden auch die Rentenschuld (§ 1199 Abs 2) und die sonstigen nach den gemäß Art 113 EG aufrechterhaltenen Landesgesetzen ablösbaren Rechte hier aus. Mithin kommen für die Anwendung des § 882 nur Erbbaurechte, Dienstbarkeiten und Reallasten in Betracht. Auf Vorkaufsrechte kann die Anwendung des § 882 nach §§ 1098, 512 nur dann in Frage kommen, wenn sie gemäß § 1097 Abs 1 Halbs 2 für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt worden sind.

2. Durch den eingetragenen **Höchstbetrag des Ersatzes** wird der Ersatzanspruch nur nach obenhin begrenzt. Der Berechtigte kann im Falle der Zwangsversteigerung den Betrag nicht ohne weiteres als den Wert seines Rechtes beanspruchen. Vielmehr bestimmt sich innerhalb der Grenze die Höhe des Ersatzanspruchs nach §§ 92, 121 ZVG. Allerdings wird der Höchstbetrag gemäß § 114 Abs 1 ZVG in den Teilungsplan aufgenommen. Jedoch können die gleich- oder nacheingetragenen Berechtigten unter Erhebung des Widerspruchs gemäß § 115 ZVG Herabsetzung des Ersatzanspruchs auf den wirklichen Wert verlangen.

3. Die **Bestimmung** des Höchstbetrags betrifft den Inhalt des Rechtes und bedarf daher zur materiellen Wirksamkeit, wie das Recht selbst, neben der Eintragung in das Grundbuch der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten gemäß § 873 oder, wenn die Bestimmung nach Eintragung des Rechtes erfolgt, gemäß § 877. Formellrechtlich genügt zur Vornahme der Eintragung gemäß § 19 GBO die Eintragungsbewilligung im ersteren Falle des Eigentümers, im letzteren Falle des Berechtigten, der durch die Eintragung, da die Be-

stimmung sein Recht einschränkt, betroffen wird. Die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist im letzteren Falle nicht erforderlich, weil sie durch die Eintragung des Höchstbetrags nicht benachteiligt werden.

§ 883

Zur Sicherung[1]) des Anspruchs[2]) auf Einräumung[3]) oder Aufhebung[4]) eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte[5]) oder auf Änderung des Inhalts[6]) oder des Ranges[7]) eines solchen Rechtes kann eine Vormerkung[8]) in das Grundbuch eingetragen werden[9]). Die Eintragung einer Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig[10]).

Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde[11]). Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung[12]) oder durch den Konkursverwalter erfolgt[13]).

Der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung[14]).

E II 803; P 3 107 ff., 181 ff., 740 ff.; 6 222.

1. Als vorläufige Eintragungen **zur Sicherung** gegen die Gefahren, die mit dem Grundsatze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs und mit dem Eintragungsgrundsatze verbunden sind, läßt das BGB die Vormerkung und den Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs zu. Die erstere (§ 883) dient zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf Änderung der Grundstücksrechtsverhältnisse, die letztere (§ 899) zur Sicherung eines außerhalb des Grundbuchs bestehenden dinglichen Rechtes. — Nur gesichert wird der Anspruch, nicht erfüllt. Auch nicht geschaffen wird der Anspruch, sondern nur erhalten. Das dingliche Recht, auf das der Anspruch gerichtet ist, wird durch die Vormerkung weder begründet noch umgewandelt, sondern es wird die Begründung nur vorbereitet. Auch der Anspruch wird durch die Vormerkung nicht verändert, insbesondere wird ihm dadurch hinsichtlich des Bestandes nicht größere Kraft als bisher verliehen (vgl. **RG** 78, 408). Vielmehr bleiben die ihm etwa anhaftenden Mängel und Einreden bestehen. Derjenige, der den vorgemerkten Anspruch geltend macht, muß sein Bestehen nach wie vor beweisen. Die Eintragung beweist nur bis zum Beweise des Gegenteils, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die Vormerkungseintragung (§ 885) vorliegen, sowie, daß die Vormerkung den in dem Eintragungsvermerke angegebenen Inhalt und Umfang hat (vgl. A 8).

2. Nur die im Abs 1 bezeichneten **Ansprüche** können durch Vormerkung gesichert werden, also nur Ansprüche, **die auf Begründung einer eintragungsfähigen,** ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstücke betreffenden **Rechtsänderung gerichtet sind** und durch die endgültige Eintragung der Rechtsänderung erfüllt werden können (**RG** 48, 64; 55, 273; 56, 14; 60, 319; 60, 425; RJA 3, 136; 5, 215; KGJ 20 A 94; 22 A 154; 40 A 126). Es sind dies Ansprüche auf diejenigen Rechtsänderungen, über deren Begründung die §§ 873 (Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, Einräumung eines begrenzten Rechtes an einem Grundstücke, Übertragung eines solchen Rechtes, Einräumung eines Rechtes an einem solchen Rechte), 875 (Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke), 876 (Zustimmung des Drittberechtigten zur Aufhebung eines mit einem Rechte belasteten Rechtes an einem Grundstücke), 877 (Änderung des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstücke), 880 (Rangänderung) Bestimmung treffen, und ferner Ansprüche auf Aufhebung von Rechten, die ein Recht an einem Grundstücke belasten. — Alle anderen Ansprüche sind von der Sicherung durch Vormerkung ausgeschlossen (s. die obigen Entscheidungen). Ausgeschlossen sind daher z. B. Vormerkungen zur Sicherung: des Anspruchs aus der vom Verkäufer eines Grundstücksteils übernommenen Verpflichtung, den Teil von den auf ihm haftenden Schulden und Lasten zu befreien (**RG** 55, 270); von Ansprüchen auf Begründung solcher Rechte und Rechtsverhältnisse, deren Eintragung in das Grundbuch nicht zulässig ist (vgl. § 886 A 3 a. E. und die in Vorbem 2 vor § 873 angeführten Beispiele für nicht eintragungsfähige Rechte). Ist ein Anspruch auf Eintragung solcher Rechte vorgemerkt, so ist die Vormerkung unwirksam (**RG** 48, 61; 53, 415; 55, 271; JW 03 Beil 116; vgl. § 886 A 3 a. E.). Jedoch kann aus schuldrechtlichen Rechtsverhältnissen, wiewohl diese selbst nicht eintragungsfähig sind, sich ein Anspruch auf Einräumung eines Rechtes ergeben, dessen Sicherung durch Vormerkung zulässig ist. So z. B. ein vormerkungsfähiger Anspruch auf Übertragung von Grundeigentum (Auflassung): aus der vom Eigentümer übernommenen Ver-

pflichtung, einer Gemeinde eine Grundfläche gegen eine vereinbarte Entschädigung zum Straßenlande abzutreten (KGJ 25 A 149); aus der vom Verpächter in einem Pachtvertrage übernommenen Verpflichtung, das Pachtgrundstück nach Beendigung der Pacht dem Pächter zu einem bestimmten Kaufpreise zu überlassen (OLG 6, 122, auch KGJ 20 A 77). — Im Falle der Anfechtung einer Veräußerung durch den Konkursverwalter gemäß §§ 29ff. KO muß nach § 37 KO das durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners Veräußerte zur Konkursmasse zurückgewährt werden. Da hiernach einerseits die Anfechtung als ein schuldrechtlicher, nicht als ein dinglicher Anspruch auf Rückgewähr aufzufassen ist (str.; **RG** 47, 220; 48, 149; 50, 134; 52, 341; 56, 14), so daß die Eintragung eines Widerspruchs nicht in Frage kommt, anderseits die Rückgewähr unmittelbar und im vollen Umfange zu erfolgen hat, kann z. B. im Falle der Veräußerung eines Grundstücks der Anspruch des Konkursverwalters auf Rückübertragung (Auflassung) des Grundeigentums gegen den Erwerber durch Vormerkung gesichert werden. Wenn dagegen eine Veräußerung auf Grund des AnfG von einem Gläubiger angefochten wird, kann gemäß § 7 a. a. O. der Gläubiger die Rückgewähr des Veräußerten nur als noch zu dem Vermögen des Schuldners gehörig und, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, von dem Empfänger verlangen. Dies bedeutet, daß der Empfänger sich die Zwangsvollstreckung für den Gläubiger in das empfangene Vermögensstück gefallen lassen muß, gleich als ob dieses noch zu dem Vermögen des Schuldners gehörte (**RG** 56, 195; 60, 425; 67, 40; JW 02, 221[30]; 03, 159[24]). Danach steht dem Gläubiger z. B. im Falle der Veräußerung eines Grundstücks weder ein Anspruch auf Rückübertragung des Grundeigentums an ihn oder an den Schuldner zu, noch etwa ein Anspruch auf Bewilligung der Eintragung einer Hypothek für seine Forderung, und ist daher für die Eintragung einer Vormerkung kein Raum (**RG** 60, 425; 67, 41; 71, 178; Warn 09 Nr 104; RJA 5, 215). Zum Schutze gegen die Vereitelung des Anfechtungsrechts durch Weiterveräußerung des Empfangenen kann nur ein Veräußerungsverbot im Wege einstweiliger Verfügung gemäß §§ 935, 938 Abs 2 ZPO vom Gläubiger ausgebracht werden (**RG** 67, 42; OLG 4, 179; auch **RG** Warn 09 Nr 104). Derartige Veräußerungsverbote oder sonstige im Wege der einstweiligen Verfügung erlassene Verbote der Verfügung sind nicht auf Eintragung von Vormerkungen gerichtet, sondern enthalten Verfügungsbeschränkungen im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 2 (KGJ 30 A 242).

Der Anspruch (§ 194 Abs 1) muß ferner, wie sich aus der Stellung der Vorschrift des § 883 im BGB ergibt, **ein privatrechtlicher** sein (**RG** 56, 14; 60, 425; Warn 09 Nr 104; KGJ 50, 197). Einen solchen privatrechtlichen Anspruch hat z. B. nicht der Gläubiger einer vollstreckbaren Forderung hinsichtlich Bestellung eines dinglichen Rechtes an einem dem Schuldner gehörigen Grundstücke oder Grundstücksrechte, es sei denn, daß durch besondere gesetzliche Bestimmung (vgl. § 648 BGB) oder durch ein auf die Bestellung gerichtetes Rechtsgeschäft die Verpflichtung hierzu begründet ist. Insbesondere ist aus §§ 866, 867 ZPO, wonach der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung ohne Einwilligung des Schuldners eine Sicherungshypothek eintragen lassen darf, nicht ein privatrechtlicher Anspruch auf Bewilligung der Eintragung einer solchen Hypothek zu entnehmen (**RG** 60, 426; Warn 09 Nr 104; RJA 2, 93; KGJ 33 A 273; 47, 255), und aus der dem öffentlichen Rechte entspringenden Befugnis zur Pfändung nach § 830 ZPO nicht, daß der Gläubiger einen privatrechtlichen Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts an einer dem Schuldner gehörigen Hypothek hat (**RG** 56, 15; OLG 6, 404; KGJ 33 A 273).

Der Anspruch muß weiter **ein schuldrechtlicher** sein. Daher ist für einen dinglichen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 (z. B. auf Eintragung einer vor Inkrafttreten des BGB außerhalb des Grundbuchs entstandenen Grunddienstbarkeit) nicht eine Vormerkung als Sicherungsmittel gegeben, sondern die Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 899 (OLG 4, 292; s. A 1). Vgl. SeuffA 65 Nr 15 (keine Vormerkung auf Grund lediglich einer bindenden Einigung; s. dazu § 873 A 13).

Sodann muß der Anspruch **gerichtet** sein **gegen denjenigen, dessen Grundstück oder belastendes Recht** von der Vormerkung **betroffen** werden würde, also gegen den gegenwärtigen Grundstückseigentümer bzw. Rechtsinhaber, dessen Recht geändert werden soll (**RG** 20, 244; 84, 81; RJA 4, 255; 13, 152; OLG 3, 98; 3, 387; 8, 106; 15, 333; 26, 10). Daher ist nicht vormerkungsfähig z. B. ein Anspruch: auf Auflassung gegen einen Dritten, dem gegenüber sich der Eigentümer seinerseits zur Auflassung verpflichtet hat (**RG** 20, 244); des Wiederkaufsberechtigten auf Rückübertragung des Eigentums auch gegenüber einem dritten Erwerber (OLG 14, 71; dagegen sicherungsfähig der Anspruch auf Rückübertragung gegen den Käufer, **RG** 69, 282; 72, 392); auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit gegen den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks (KGJ 40 A 129); des Grundstückskäufers gegen den Verkäufer auf Löschung einer nicht übernommenen, für den Verkäufer früher eingetragen gewesenen, demnächst aber auf einen andern übertragenen Hypothek (OLG 3, 98); eines Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer auf Herbeiführung der Löschung vorgehender Hypotheken, falls sie einem Dritten zufallen sollten (OLG 3, 387); aus einem Erbvertrage auf Übertragung von Grundeigentum, falls der Be-

rechtigte den Grundstückseigentümer überleben sollte (OLG 8, 106); gegen einen Miterben auf Bestellung einer Hypothek an dem künftig etwa ihm zufallenden Anteil an dem Nachlaßgrundstücke (RJA 4, 253); auf Abtretung einer für den Verpflichteten etwa künftig entstehenden Hypothek (OLG 15, 334); des Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer auf Löschung einer künftig etwa entstehenden und demnächst dem Eigentümer etwa als Eigentümerhypothek zufallenden Hypothek (KGJ 23 A 154) oder auf Löschung einer vorgehenden Hypothek, auch wenn sie sich nicht mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, also nicht der Sonderfall des § 1179 vorliegt (OLG 10, 425, auch 6, 124). — Diese letztere Vorschrift des § 1179 enthält eine Ausnahme von dem vorgenannten Grundsatze. Danach kann der Anspruch gegen den Eigentümer auf Löschung einer Hypothek, falls sie zur Eigentümergrundschuld werden sollte, durch Vormerkung gesichert werden, wiewohl der Eigentümer noch nicht Inhaber der Hypothek ist (RJA 3, 130). Die in KGJ 33 A 284 vertretene Ansicht, daß die Vormerkung nach § 1179 an sich bereits unter § 883 falle, weil § 883 Abs 1 Satz 2 auch zur Sicherung von künftigen oder bedingten Ansprüchen eine Vormerkung zulasse und ein Anspruch auch dann ein künftiger oder bedingter sei, wenn der sich Verpflichtende ein Recht am Grundstücke erst künftig oder bedingt erlangen solle, ist nicht zutreffend. Der Eigentümer ist nicht gegenwärtiger Inhaber der Hypothek, wird es möglicherweise, z. B. wenn er das Grundstück veräußert, auch niemals werden, und deshalb könnte nach obigem Grundsatze auf Grund des § 883 der Anspruch auf Löschung gegen ihn nicht vorgemerkt werden; nur zufolge der Ausnahmebestimmung des § 1179 ist dies zulässig (str.; **RG** 72, 277; 84, 81; RJA 13, 153; jetzt auch KGJ 45, 270 unter Aufgabe von KGJ 33 A 284). — Aus gleichem Grunde ist auch nicht zutreffend die Annahme in der nämlichen Entscheidung, daß ein Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts oder eines Nießbrauchs an einer etwaigen künftigen Eigentümerhypothek vorgemerkt werden könne (str.; vgl. auch KGJ 22 A 163; 26 A 46; 28 A 141; 30 A 244). Ferner kann bei einer Hypothek nicht ein Anspruch darauf vorgemerkt werden, daß, falls die Hypothek zur Eigentümerhypothek werde, der Eigentümer diese in eine Hypothek für eine andere Forderung des Gläubigers umwandle. Denn soweit in dem Anspruch ein solcher auf Übertragung der künftigen Eigentümerhypothek enthalten ist, entfällt die Zulässigkeit der Vormerkung ebenfalls deswegen, weil der Verpflichtete nicht gegenwärtiger Inhaber der Hypothek ist (so auch jetzt KGJ 45, 268; vgl. **RG** 72, 275). Soweit aber der Anspruch gegen den Eigentümer als solchen gerichtet ist, könnte nur eine Vormerkung für eine künftige neue Belastung an der zunächst offenen Stelle in Frage kommen (str.; a. M. KGJ 25 A 166). Weiter ist aus dem vorgenannten Grunde unzulässig eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung des Vorrangs vor einer künftig möglicherweise entstehenden Eigentümergrundschuld (**RG** 84, 78). Dies gilt auch dann, wenn es sich um den Anspruch eines nachstehenden Hypothekengläubigers handelt; aus der für die Löschungsvormerkung im § 1179 gegebenen Ausnahmebestimmung ist für die Zulässigkeit einer solchen Rangrücktrittsvormerkung nichts zu entnehmen (**RG** 84, 81; a. M. RJA 13, 152; vgl. hierüber § 1179 A 5).

Nur der Anspruch **einer bestimmten Person** (natürliche oder juristische; z. B. nicht: Polizeibehörde, vgl. KGJ 39 A 210; Fideikommißaufsichtsbehörde, KGJ 50, 196) kann durch Vormerkung gesichert werden. Unzulässig ist es z. B.: eine Vormerkung des Inhalts einzutragen, daß bei dem Verkauf eines von zwei demselben Eigentümer gehörigen Grundstücken eine Grunddienstbarkeit (z. B. ein Fensterrecht) des einen Grundstücks gegenüber dem anderen Grundstück eingetragen werde, da unbekannt ist, wer das berechtigte Grundstück erwerben wird (KGJ 40 A 126); zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit eine Vormerkung zugunsten des jeweiligen Eigentümers des herrschenden Grundstücks einzutragen, da dann nicht der Anspruchsberechtigte als solcher, sondern das herrschende Grundstück als berechtigtes Subjekt durch die Vormerkung gesichert und diese zu einem subjektiv-dinglichen Rechte gestaltet wäre, während sie zu dem nach dem BGB bestimmt begrenzten Kreise der subjektiv-dinglichen Rechte nicht gehört (vgl. RJA 7, 67; a. M. KGJ 40 A 128). Unzulässig ist ferner die Eintragung einer Vormerkung für den Anspruchsberechtigten und dessen Rechtsnachfolger, da die Vormerkung auf Sicherung des Anspruchs des gegenwärtig Berechtigten gerichtet ist und die Frage, ob die Rechte aus der Vormerkung auf einen andern übergegangen sind, sich erst entscheidet, wenn der Fall der Rechtsnachfolge eintritt (vgl. OLG 10, 433, auch RJA 7, 67, anders RJA 7, 145). Aus gleichem Grunde ist auch eine Vormerkung für den Anspruch auf Grund eines Wiederkaufrechts zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks unzulässig (a. M. RJA 9, 265; KGJ 40 A 128). Der durch die Vormerkung Gesicherte braucht aber nicht immer der Vertragsgenosse des Verpflichteten zu sein. So kann, wenn durch Vertrag ein Anspruch auf Einräumung eines Rechtes zugunsten eines Dritten (§§ 328ff.) begründet ist, für diesen Dritten eine Vormerkung eingetragen werden. Von diesem Gesichtspunkte aus kann auch für eine noch unerzeugte Nachkommenschaft, die nach § 331 jedenfalls dann, wenn sie als Dritte in einem Vertrage bedacht worden ist, vorgestellte (fingierte) Rechtspersönlichkeit hat, eine Vormerkung (z. B. zur Sicherung des für sie begründeten Anspruchs auf Bestellung einer Hypothek) eingetragen werden (vgl. **RG** 61, 356; 65, 277; KGJ 25 A 151;

32 A 217; OLG 10, 74). Vgl. auch bezüglich einer Löschungsvormerkung für den jeweiligen Inhaber einer nachstehenden Hypothek § 1179 A 3.

Der Anspruch muß **rechtsbeständig** sein (vgl. RG 67, 48). Die etwa eingetragene Vormerkung ist nichtig oder verliert ihre Wirksamkeit, wenn sich der Anspruch als von vornherein nicht rechtsbeständig (z. B.: wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, vgl. KGJ 42, 212; auf Grund Anfechtung wegen arglistiger Täuschung; bei einem Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Grundstück wegen Mangels der für die Übernahme der Verpflichtung im § 313 vorgeschriebenen Form, OLG 26, 5; s. unten) oder als (z. B. durch Erfüllung, Erlaß, Eintritt auflösender Bedingung, Vereinigung von Forderung und Schuld) erloschen erweist (RG 65, 261, 77, 404; 81, 288; Warn 1910 Nr 239; KGJ 32 B 16; 43, 213; RJA 11, 61; OLG 6, 124; 14, 70; vgl. auch RJA 12, 74; ferner Güthe in Gruch 57, 13 ff.). Über die in diesem Falle gegebene Klage auf Beseitigung der Vormerkungseintragung vgl. § 886 A 2. Formellrechtlich kann (abgesehen von Bewilligung des Vormerkungsberechtigten gemäß §§ 19, 29 GBO) durch Nachweis des Nichtbestehens des Anspruchs die Löschung gemäß § 22 GBO, der zwar an sich nur dingliche Rechte betrifft, aber auf die schwächere Vormerkungsberechtigung entsprechend anzuwenden ist, herbeigeführt werden (KGJ 32 B 18; 40 B 354; 43, 213; RJA 11, 60). — Der schuldrechtliche Vertrag, der etwa dem Anspruch auf Bewirkung der Rechtsänderung zugrunde liegt, bedarf regelmäßig keiner Form (s. § 873 A 7c). Eine Ausnahme bildet z. B. gemäß § 313 Satz 1 der einen Anspruch auf Auflassung begründende Vertrag; der Mangel der dort vorgeschriebenen Form wird nicht gemäß § 313 Satz 2 durch Eintragung der Auflassungsvormerkung geheilt (vgl. RG 54, 76; 55, 343, auch 67, 48; OLG 26, 5).

Der **Rechtsgrund** für den Anspruch kann nicht nur ein Vertrag, sondern auch ein einseitiges Rechtsgeschäft (z. B. ein Vermächtnis, § 2174, s. RG Warn 1914 Nr 50; OLG 8, 106) sein oder sich aus besonderer Gesetzesvorschrift ergeben. Ein solcher gesetzlicher vormerkungsfähiger Anspruch ist z. B.: der Wandlungsanspruch (§ 462) auf Rückgewähr eines verkauften Grundstücks; der Anspruch des Bauunternehmers auf Einräumung einer Sicherungshypothek (§ 648, s. OLG 7, 367); der Anspruch des Nacherben nach dem Eintritte der Nacherbfolge auf Herausgabe der Erbschaft (§ 2130). Auch auf ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff.) kann ein vormerkungsfähiger Anspruch (z. B. auf Auflassung, auf Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke) gegründet sein. Wenn jedoch das Gesetz ein dingliches Recht selbst, nicht bloß einen Anspruch auf Einräumung eines Rechtes am Grundstücke gewährt, dient als Schutzmittel nicht die Vormerkung, sondern der Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (s. A 1). So z. B. beim Erwerbe: des Nießbrauchs an einem Grundstücke im Falle des § 1075 Abs 1; einer Sicherungshypothek nach Maßgabe des § 1287. Das Recht auf die Überbau- und die Notwegrente, das kraft Gesetzes entsteht (§§ 914, 917 Abs 2), wird nicht eingetragen (s. § 914 A 3) und kann daher auch nicht vorgemerkt werden. Wenn aber durch Vertrag auf das Recht verzichtet oder die Höhe der Rente festgestellt wird, kann der aus dem Vertrage sich ergebende Anspruch auf Eintragung des Verzichts bzw. der festgesetzten Rente durch Vormerkung gesichert werden (s. § 914 A 4, 5). — Der Rechtsgrund muß neben dem Gegenstand des Anspruchs bei der Eintragung (auf Grund Eintragungsbewilligung oder einstweiliger Verfügung; § 885 Abs 1) angegeben werden, damit erkennbar ist, welcher von mehreren auf den nämlichen Gegenstand gerichteten Ansprüchen der durch die Vormerkung gesicherte ist (vgl. § 885 A 3). — Die nicht auf Parteibetrieb, sondern von Amts wegen einzutragenden **Vormerkungen nach §§ 18 Abs 2, 76 GBO** folgen ihren eigenen Regeln (s. § 892 A 6 „Eingangsregister"). Die Vorschriften der §§ 883 ff. sind auf sie nicht anwendbar. Sie dienen insbesondere nicht zur Sicherung schuldrechtlicher Ansprüche, sondern zur Sicherung von Rechten, zu deren Dinglichkeit es, abgesehen von den zu ihrer Eintragung Anlaß gebenden Hindernissen, nur noch an der Eintragung fehlt (RG 55, 342; 62, 377; auch RJA 10, 233; 13, 247; OLG 25, 389). — Wegen der Vormerkungen über die Einleitung eines Enteignungsverfahrens gemäß § 24 Abs 4 des PrEnteignG v. 11. 6. 74 vgl. KGJ 35 A 261; 40 A 130; 50, 174.

3. Vormerkungsfähige Ansprüche **auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke** sind z. B.: die in A 2 bezeichneten Ansprüche auf Auflassung: aus vereinbarter Abtretung von Grundeigentum zum Straßenlande; aus der in einem Pachtvertrage getroffenen Vereinbarung auf Übertragung des Pachtgrundstücks nach Beendigung der Pacht; ferner: der Anspruch auf Einräumung einer Hypothek, der aber gemäß § 1115 Abs 1 auf einen bestimmten Betrag gerichtet sein muß (OLG 3, 3), z. B. auch der Anspruch des Unternehmers eines Bauwerks auf Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 (vgl. OLG 26, 10); der Anspruch desjenigen, für den eine Briefhypothek eingetragen worden ist, der aber den Brief noch nicht erhalten hat, auf Erwerb der Hypothek (durch Übergabe des Briefes) gemäß §§ 1117, 1163 Abs 2, 1177 Abs 1 (OLG 7, 369). Der Anspruch eines Hypothekengläubigers gegen den Eigentümer darauf, daß er nicht in die Umwandlung einer voreingetragenen Hypothekvormerkung in eine endgültige Hypothek willige, kann nicht vorgemerkt werden, denn die Bewilligung ist eine Verfügung und die Beschränkung des Eigentümers in der Be-

fugnis zur Verfügung kann nach § 137 überhaupt nicht (vgl. Vorbem 2 vor § 873) eingetragen werden (OLG 6, 123). — Für eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung eines Grundstücksteils genügt es, daß der Teil bestimmbar ist (RG Gruch 58, 1016). Ist aber die Bezeichnung des Teiles derart unvollkommen, daß er weder aus dem Eintragungsvermerk noch aus der maßgebenden Eintragungsbewilligung (sofern auf Grund einer solchen, nicht auf Grund einer einstweiligen Verfügung [885] die Eintragung erfolgt ist), bestimmbar ist (s. den Fall in § 885 A 2), so ist die Vormerkung nichtig (RG Gruch 62, 117).

4. **Auf Aufhebung eines belastenden Rechtes** ist gerichtet z. B.: er Anspruch des Eigentümers gegen einen Hypothekengläubiger auf Entlassung eines Grundstücksteils aus der Mithaft für eine Hypothek, da durch die Entlassung die Hypothek teilweise aufgehoben wird (KGJ 23 A 154; 33 A 259); der Anspruch des Begründers eines Erbbaurechts aus der vom Berechtigten übernommenen Verpflichtung, das Recht aufzugeben, wenn er es veräußert (OLG 18, 145). Vgl. auch die Sonderbestimmung des § 1179 (s. A 2 und OLG 6, 124).

5. **Ein Recht an einer Grundstücksbelastung** ist z. B. Gegenstand des Anspruchs auf Einräumung: wenn gegenüber dem Gläubiger einer Hypothek unter gewissen Voraussetzungen ein Anspruch auf Übertragung der Hypothek (vgl. KGJ 25 A 167) oder auf Bestellung eines Pfandrechts daran besteht (vgl. KGJ 33 A 280; OLG 26, 197). Vgl. aber A 2 „Anspruch gegen den Betroffenen".

6. Vormerkungsfähige Ansprüche **auf Änderung des Inhalts eines Rechtes** sind z. B.: der Anspruch auf Erweiterung einer Grunddienstbarkeit; der Anspruch auf Änderung der Zahlungsbedingungen bei einer Hypothek; der Anspruch des Gläubigers einer Höchstbetragshypothek gegen den Eigentümer auf Umwandlung der Hypothek in eine gewöhnliche Hypothek zu einem bestimmten Betrage mit der Klausel aus § 800 ZPO, daß die sofortige Zwangsvollstreckung zulässig sei (OLG 13, 196; 14, 135; auch RJA 2, 38); der Anspruch gegen den Eigentümer auf Umwandlung einer Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für einen neuen Gläubiger (KGJ 25 A 166). Jedoch ist im letzteren Falle die Vormerkung nur dann zulässig, wenn der Eigentümer die Eigentümergrundschuld bereits erlangt hat (s. hierüber A 2 „Anspruch gegen den Betroffenen").

7. Die **Änderung des Ranges** ist Gegenstand eines vormerkungsfähigen Anspruchs z. B., wenn gegen den Gläubiger einer Hypothek der Anspruch des Eigentümers auf Einräumung des Vorrangs für eine später einzutragende Hypothek besteht (RJA 7, 62; KGJ 46, 202).

8. Das **Wesen der Vormerkung** besteht darin, daß hierdurch einem an sich persönlichen Anspruche, der die Änderung des Rechtsstandes eines Grundstücks zum Gegenstande hat, bestimmte Wirkungen beigelegt werden, die teilweise denen eines dinglichen Rechtes ähnlich sind. Zugleich hat sie die Kraft eines Veräußerungsverbots von besonderer Art, mit tatsächlicher Einschränkung der Möglichkeit, frei zu verfügen, und sichert demzufolge entsprechend die Erfüllung des Anspruchs (str.; vgl. Prot 3 S. 112, 740 ff.; RJA 4, 67; KGJ 21 A 289; 28 A 54; 29 A 171; 31 A 325; 40 A 124; OLG 4, 237; 14, 69). Die wesentliche Grundlage und zugleich auch der hauptsächlichste Inhalt der Vormerkung ist der gesicherte persönliche Anspruch. Besteht der Anspruch nicht, so ist auch die Vormerkung hinfällig (s. A 2 „rechtsbeständig"). Daß aber der Anspruch auch den hauptsächlichsten Inhalt der Vormerkung bildet, ergibt sich besonders daraus, daß nach § 883 Abs 1 Satz 1 Vormerkung die Sicherung der dort bezeichneten Ansprüche ist, daß nach § 886 auf Grund von Einreden gegen den Anspruch die Beseitigung der Vormerkung verlangt werden kann und daß nach § 888 Abs 1, um im Falle des Erwerbs eines entgegenstehenden Rechtes durch einen Dritten den Anspruch auf Grund der Vormerkung zur Durchführung zu bringen, der Anspruch immer noch gegen den ursprünglich Verpflichteten geltend gemacht werden muß und von dem dritten Erwerber lediglich die Zustimmung zur Verwirklichung des Anspruchs verlangt werden kann. Daß anderseits mit dem Anspruche vermöge der Vormerkung ein Veräußerungsverbot besonderer Art mit tatsächlicher Einschränkung der Möglichkeit freien Verfügens verbunden ist (nicht eine rechtliche Verfügungsbeschränkung), folgt besonders aus § 883 Abs 2, wonach eine Verfügung insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, und aus § 888 Abs 1, 2, wonach im Falle des Erwerbs eines entgegenstehenden Rechtes ein den Anspruch sicherndes Veräußerungsverbot hinsichtlich der Verpflichtung des dritten Erwerbers, seine Zustimmung zur Verwirklichung des Anspruchs zu erteilen, der Vormerkung gleichgestellt ist (s. Weiteres hierüber A 11). Die in gewisser Beziehung einer dinglichen ähnliche Wirkung endlich zeigt sich besonders: in § 884, wonach sich der Erbe des Verpflichteten gegenüber dem gesicherten Anspruche nicht auf die Beschränkung der Haftung berufen kann; in § 439 Abs 2, wonach beim Kaufe hinsichtlich der Beseitigung von Mängeln im Rechte die Vormerkung den hypothekarischen Rechten und dem Pfandrechte gleichgestellt ist; in § 1098, wonach das dingliche Vorkaufsrecht hinsichtlich der Wirkung gegenüber Dritten der Vormerkung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums gleichgestellt ist; in §§ 1971, 1974 Abs 3, 2016, wonach der Vormerkungsgläubiger hinsichtlich des Auf-

gebots der Nachlaßgläubiger bzw. hinsichtlich der dem Erben zustehenden aufschiebenden Einreden den Pfandgläubigern gleichgestellt ist; ferner in §§ 24, 47 KO, wonach der Gläubiger eines durch Vormerkung gesicherten Anspruchs Befriedigung aus der Konkursmasse verlangen kann und er ein Recht auf Absonderung hat; in § 193 KO, wonach die Rechte aus einer Vormerkung durch einen Zwangsvergleich unberührt bleiben, und in § 48 ZVG, wonach Rechte, die durch Vormerkung gesichert sind, bei Feststellung des geringsten Gebots wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen sind. Der Schutz, den die Vormerkung dem Anspruche gegen Hindernisse gewährt, die sich seiner Erfüllung entgegensetzen, ergibt sich aus vorstehendem von selbst. Außerdem bestimmt § 883 Abs 3, daß das Recht, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, den Rang der Vormerkung erhält. — Danach ist die Vormerkung kein dingliches Recht an einem Grundstücke oder an einem ein Grundstück belastenden Rechte, und keine dingliche Belastung (str., vgl. **RG** 65, 261; 81, 288; 83, 437; Warn 1911 Nr 184; RJA 4, 67; KGJ 21 A 289; 31 A 325; 39 A 200; 40 A 125; 50, 173; OLG 14, 69; 20, 419). Sie ist aber auch nicht ausschließlich ein Recht auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse. Vielmehr kann man sie als ein teils dem Rechte der Schuldverhältnisse, teils dem Sachenrechte angehörendes Rechtsverhältnis bezeichnen. Überwiegend jedoch ist ihre rechtliche Natur nach ersterer Richtung. Sie untersteht daher im allgemeinen dem Rechte der Schuldverhältnisse (vgl. RJA 7, 143; 9, 272). Nur soweit das Gesetz durch besondere Bestimmungen sie in einzelnen Beziehungen einem dinglichen Rechte gleichstellt, finden die entsprechenden Vorschriften im Gebiete des Sachenrechts Anwendung.

Ausgeschlossen ist daher hinsichtlich der **Begründung** die Anwendung des § 873. In dieser Hinsicht trifft auch § 885 besondere Bestimmung. Vgl. hierüber § 885 A 1, 2, 3. — Hinsichtlich der **Aufhebung** ferner sind die §§ 875, 876 nicht anwendbar (str.). Da eine besondere Bestimmung für die Aufhebung nicht gegeben ist, sind die §§ 362ff. über Erlöschen der Schuldverhältnisse anzuwenden. Jedoch wird zur Aufhebung nicht ein Erlaßvertrag (§ 397) zu erfordern, sondern eine einseitige Erklärung des Vormerkungsberechtigten gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Begünstigten für genügend zu erachten sein, weil eine solche Erklärung zur Aufgabe eines Rechtes nach § 875 genügt und die Vormerkung die mindere Befugnis gewährt. Anderseits ist anzunehmen, daß das Erlöschen schon mit der Verzichtserklärung eintritt und es dazu der Löschung der Vormerkung nicht bedarf (str.). Jedoch kann auf Grund des Erlöschens Beseitigung der beeinträchtigenden Vormerkungseintragung verlangt werden (vgl. **RG** 81, 288, § 886 A 2). Über Erlöschen der Vormerkung zufolge Aufhebung der zugrunde liegenden einstweiligen Verfügung vgl. § 885 A 1. Wird die Vormerkung, sei es auch zu Unrecht, gelöscht, so erlischt sie (vgl. § 886 A 3; § 894 A 1 Abs 2). Ist der vorgemerkte Anspruch erloschen, so ist auch die Vormerkung hinfällig geworden (vgl. A 2 „rechtsbeständig"). Dies gilt auch, wenn Schuld und Anspruch sich in einer Person vereinigen, da der Anspruch dadurch erlischt und damit auch die Vormerkung (str.; OLG 6, 124). Auch in diesen Fällen kann Beseitigung der Vormerkungseintragung verlangt werden (vgl. hierüber das Nähere in § 886 A 2, 3). Daraus folgt zugleich, daß § 889 auf die Vormerkung keine Anwendung findet. Jedoch wird die Vormerkung dadurch, daß der vorgemerkte Anspruch erfüllt, also die Rechtsänderung, deren Herbeiführung gesichert werden sollte, bewirkt wird, dann noch nicht hinfällig und löschungsreif, wenn inzwischen Verfügungen (z. B. im Falle einer Auflassungsvormerkung Hypotheteintragungen) erfolgt sind, die dem Vormerkungsberechtigten gegenüber nach § 883 Abs 2 unwirksam sind, da die Vormerkung dann für die Geltendmachung der Unwirksamkeit noch Bedeutung behält (KGJ 50, 173).

Aus vorbezeichnetem Grunde auch sind im Falle der **Vormerkung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek** die Sondervorschriften der §§ 1163, 1177 über Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümerhypothek auf die genannte Vormerkung nicht anwendbar, wenn der vorgemerkte Anspruch nicht zur Entstehung gelangt ist oder erlischt; es besteht dann auch die Vormerkung nicht (**RG** 65, 261). Bezüglich der übrigen Fälle der Eigentümerhypothek (vgl. §§ 1143, 1168, 1170, 1171, 1172, 1173, 1175) ist die Anwendung der hierüber gegebenen Vorschriften auf die Hypothekvormerkung deshalb ausgeschlossen, weil diese kein hypothekarisches Recht ist und das Gesetz die für die Hypothek geltenden Vorschriften auf die Vormerkung nicht für anwendbar erklärt hat (**RG** 65, 260; RJA 3, 158; OLG 6, 124; 11, 121; 14, 69; 20, 419). — Aus gleichem Grunde ist auch die Vorschrift des § 1179 über Eintragung einer Löschungsvormerkung bei einer Hypothek auf die Hypothekvormerkung nicht anwendbar (str., vgl. OLG 6, 123). — Ferner kann bei Eintragung der (endgültigen) Hypothek nicht an die Stelle des vorgemerkten Anspruchs eine andere Forderung gemäß § 1180 gesetzt werden (OLG 20, 419). — Desgleichen steht dem Vormerkungsgläubiger nicht die dingliche Klage oder die Gefährdungsklage nach § 1133 wie aus einer Hypothek zu. Er hat nur die persönliche Klage gegen den schuldrechtlich Verpflichteten, insbesondere in ersterer Hinsicht auf Einräumung der Hypothek (vgl. OLG 4, 237). Auch durch Beibringung eines rechtskräftigen Urteils nach letzterer Richtung wird die dingliche Klage noch nicht gerechtfertigt. Vielmehr erlangt der Gläubiger das Recht zur hypothekarischen Klage erst durch Umschreibung

der Vormerkung in eine Hypothek auf Grund des Urteils, da nach § 873 dann erst die Hypothek entsteht (str.). Gegen Gefährdungen im Sinne der §§ 1133—1135 kann sich der Vormerkungsgläubiger nur durch Ausbringung von einstweiligen Verfügungen schützen.

Die **Übertragung** des vorgemerkten Anspruchs bestimmt sich mangels anderer Vorschriften nach §§ 398 ff., da durch Hinzutreten der Vormerkungseintragung der Anspruch nach obiger Ausführung zwar zu einem besonders gearteten Rechtsverhältnisse geworden ist, der Anspruch aber der Hauptteil dieses Rechtsverhältnisses ist (vgl. OLG 10, 434, auch RJA 7, 68; 7, 145). Einer Form bedarf danach die Übertragung nicht, ebensowenig ist die Eintragung erforderlich. Jedoch ist, weil die Begründung der Vormerkung eingetragen wird, auch die Eintragung des Wechsels des aus der Vormerkung Berechtigten zulässig. Die Übertragbarkeit richtet sich danach, ob der Anspruch übertragbar ist. Für sich allein kann das Vorgemerkte nicht übertragen werden, da es ein unselbständiger Teil des genannten Rechtsverhältnisses ist (vgl. OLG 10, 434; RJA 7, 145). Mit der Übertragung des Anspruchs geht, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, die Vormerkung ohne weiteres mit über, weil sie als Nebenrecht im Sinne des § 401 zu erachten ist (KGJ 43, 209; vgl. **RG** 52, 11; 60, 371; 65, 169; 83, 438). Soll sie nicht mitübertragen werden, so erlischt sie, da sie ohne einen Anspruch des Vormerkungsberechtigten nicht bestehen kann.

Die **Vermutung für die Richtigkeit** aus § 891 steht der Vormerkung nicht zur Seite, da sie kein „Recht" im Sinne dieser Vorschrift ist. Die Vormerkungseintragung begründet nur im Sinne einer Beurkundung einen Beweis gemäß § 418 Abs 1 ZPO dafür, daß die Vormerkung unter den gesetzlichen Voraussetzungen (§ 885) eingetragen worden sei und sie den aus dem Eintragungsvermerke sich ergebenden Inhalt und Umfang habe (vgl. § 891 A 3 a. E.). Für das Bestehen des gesicherten Anspruchs aber liefert die Eintragung auch einen solchen Beweis nicht, da das Grundbuch nicht dazu bestimmt ist, über das Bestehen des lediglich schuldrechtlichen Anspruchs Auskunft zu geben. — Unter den Schutz des **öffentlichen Glaubens des Grundbuchs** wird der Vormerkungsgläubiger hinsichtlich dessen, was er durch die Eintragung der Vormerkung erlangt hat, weder nach § 892 noch nach § 893 Halbs 2 gestellt. Zunächst könnte ein rechtsgeschäftlicher Erwerb im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 1 nur in dem Falle der Eintragung einer Vormerkung auf Grund einer Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten, insbesondere des Eigentümers bei der Vormerkung eines Rechtes am Grundstücke, in Frage kommen, nicht, wenn die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen worden ist. Sodann ist aber die Anwendung des § 892 überhaupt deswegen ausgeschlossen, weil der Gläubiger durch die Eintragung der Vormerkung nicht ein Recht am Grundstücke oder ein Recht an einem solchen Rechte erlangt (str., **RG** Warn 1911 Nr 184; KGJ 21 A 289; 31 A 325; 33 A 279; OLG 5, 390; 12, 174; RJA 4, 67). Was ferner die Anwendbarkeit des § 893 Halbs 2 anlangt, so scheidet auch hier die auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragene Vormerkung von vornherein aus, weil sie nicht auf Rechtsgeschäft beruht. Wenn aber auch eine Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten der Vormerkung zugrunde liegt, fehlt es doch zur Anwendung des § 893 Halbs 2 an dem Erfordernisse, daß der Passivbeteiligte durch die Bewilligung der Vormerkungseintragung über das Recht, das die Vormerkung betrifft, eine Verfügung getroffen hat. Denn durch die Vormerkung wird eine unmittelbare Rechtsänderung nicht herbeigeführt, sondern der Eintritt einer Rechtsänderung nur vorbereitet und nach gewissen Richtungen hin gesichert. Als Gegengrund kann nicht angeführt werden, daß, wenn nach § 883 Abs 2 eine der Vormerkung entgegenstehende Verfügung insoweit unwirksam sei, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, auch eine nach der Vormerkung eingetragene andere Vormerkung entsprechend unwirksam werden und daher die Vormerkung ebenfalls eine Verfügung sein müsse. Wenn nach der genannten Vorschrift eine Verfügung gegenüber der Vormerkung unwirksam ist, muß es erst recht auch die Vorbereitung einer Verfügung sein, und deshalb ist allerdings auch die spätere Vormerkung unwirksam. Daraus folgt aber nicht, daß die bewilligte Eintragung einer Vormerkung eine Verfügung ist (str., vgl. RJA 9, 271). Ist daher die Bewilligung der Vormerkungseintragung keine Verfügung, so steht die bewilligte Vormerkung auch nicht nach § 893 Halbs 2 unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (str.). — Hiernach kann der Vormerkungsgläubiger z. B., wenn der die Vormerkung Bewilligende zwar eingetragener, aber nicht wirklicher Eigentümer oder Berechtigter ist, sich nicht gegenüber dem wahren Eigentümer oder Berechtigten auf den Inhalt des Grundbuchs berufen, auch wenn ihm die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht bekannt gewesen ist (str.). Auch derjenige, der den vorgemerkten Anspruch durch Übertragung erwirbt, muß sich ohne Rücksicht auf seinen guten Glauben alle Einreden entgegenhalten lassen, die dem ursprünglichen Gläubiger entgegenstanden. Dies gilt auch dann, wenn ein vorgemerkter Anspruch auf Hypothekeinräumung abgetreten ist. Die nur für Hypotheken geltende Vorschrift des § 1138 findet auf die Hypothekvormerkung keine Anwendung. — Ferner ist die Vorschrift des § 893 Halbs 1 auf eine Vormerkung nicht anwendbar. Ist z. B. versehentlich ein anderer als der wirklich Berechtigte im Grundbuche als Vormerkungsberechtigter eingetragen, so wird derjenige, der den vorgemerkten

Anspruch an den als Berechtigten Eingetragenen erfüllt, nicht befreit, auch wenn er sich in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs befunden hat. — Mit der Frage, ob sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf den vorgemerkten Anspruch erstreckt, steht die Frage im Zusammenhange, ob **gegen eine Vormerkung ein Widerspruch** (§§ 894, 899) eingetragen werden kann. Dies ist zu verneinen, weil der Widerspruch sich richtet gegen ein Recht an einem Grundstücke oder gegen ein Recht an einem solchen Rechte, und er eine vorläufige Eintragung ist zum Schutze gegen einen Erwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, die Vormerkung aber weder ein Recht ist, noch unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs steht (str., s. § 899 A 1; vgl. KGJ 20 A 219; 21 A 148; 21 A 286; 26 A 77; 46, 205; RJA 4, 48; 12, 75; OLG 2, 243). Darüber, daß aus gleichem Grunde die Vormerkung keine Eintragung im Sinne des § 71 Abs 2 GBO und daher eine Beschwerde gegen die Einschreibung der Vormerkung zulässig ist, vgl. RJA 4, 48; 4, 66; KGJ 31 A 325.

Die **Wirkungen** der Vormerkung sind die im § 883 Abs 2, 3 und im § 888 Abs 1 bestimmten. Vgl. hierüber die A 11, 12, 13 hier und § 888 A 1, 2.

Das Vorgemerkte unterliegt der **Verjährung**. Die Vorschrift des § 902 findet auf Vormerkungen keine Anwendung, da sie keine Rechte am Grundstücke sind (s. § 902 A 1). Ist der Anspruch, der trotz der Vormerkung ein rein persönlicher bleibt, nach §§ 194ff. verjährt, so ist auch die Vormerkung erloschen (Prot 3 S. 118, 751). Die Verjährung des Anspruchs wird auch durch die Eintragung einer Vormerkung nicht unterbrochen, da die §§ 208, 209 eine solche Unterbrechung nicht kennen, der sich nur auf Hypotheken beziehende § 223 auch für eine Hypothekvormerkung nicht in Betracht kommt, maßgebend vielmehr § 886 ist (RG JW 08, 235[8], auch RG 81, 288). Die Verjährungsfrist für den Anspruch beträgt nach § 195 dreißig Jahre, und zwar auch dann, wenn für eine der kurzen Verjährung nach § 196 unterliegende Forderung Hypothek bestellt werden soll, da es sich nicht um Verjährung der Forderung, sondern um Verjährung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek handelt.

Für die Übergangszeit vgl. Art 192 EG; RG 49, 106; 52, 40; KGJ 22 A 178; OLG 4, 197; 6, 404).

9. Die Vormerkung tritt in Wirkung erst mit der **Eintragung in das Grundbuch.** Vor dieser besteht sie auch dann nicht, wenn die Eintragung bewilligt oder eine einstweilige Verfügung auf ihre Eintragung erlassen worden ist. Selbst wenn diese Tatsachen den Beteiligten bekannt sind, ist weder der Eigentümer oder der Berechtigte in der Verfügung über sein Grundstück oder Recht beschränkt, noch der Erwerb eines Rechtes seitens eines Dritten gehindert (vgl. RG 73, 53). — Die Eintragung muß so bewirkt werden, daß sich die Art und der Umfang des gesicherten Anspruchs aus dem Eintragungsvermerk oder der darin etwa in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung (einstweiligen Verfügung) für jeden Dritten erkennbar ergibt. Ist der Anspruch in geringerem Umfange, als er nach dem Begründungsakt in Wirklichkeit zwischen dem Vormerkungsberechtigten und dem Vormerkungsverpflichteten besteht, eingetragen, so hat die Vormerkung hinsichtlich des weiteren Umfangs des Anspruchs gegenüber dritten rechtsgeschäftlichen Erwerbern nicht (nach Maßgabe der §§ 883 Abs 2, 888) Wirksamkeit, auch wenn sie das Bestehen des Anspruchs in weiterem Umfange gekannt haben (RG Warn 1914 Nr 321). — Für die Entstehung der Vormerkung ist nicht unbedingt erforderlich, daß in den Eintragungsvermerk das Wort „Vormerkung" aufgenommen wird; es genügt, wenn nach dem ganzen Inhalte des Vermerks kein Zweifel darüber besteht, daß ein Anspruch vorgemerkt werden sollte (RG 82, 24; JW 91, 131[8]; RJA 7, 66). Dies kann auch dann gelten, wenn irrtümlich statt „Vormerkung" das Wort „Widerspruch" gebraucht worden ist (RG 55, 343). Über Zulässigkeit der Bezugnahme auf die Grundlagen der Eintragung vgl. § 885 Abs 2 und A 3 dort. — Betrifft die Vormerkung (z. B. zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung) nur einen Grundstücksteil, so bedarf es nicht nach § 6 Satz 1 GBO der Abschreibung des Teiles, da die Vormerkungseintragung keine Belastung mit einem Rechte ist (KGJ 20 A 77; 29 A 135; RJA 1, 158; vgl. auch RG 55, 273). — Bezüglich buchungsfreier Grundstücke bedarf es zur Begründung der Vormerkung ebenfalls der Eintragung in das Grundbuch, das zuvor anzulegen ist (vgl. Art 127 EG; Art 27 PrAG; KGJ 26 A 115). — Soll bei einer Briefhypothek eine Vormerkung (z. B. zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung) eingetragen werden, so bedarf es nach § 42 GBO der Vorlegung des Hypothekenbriefs. Jedoch ist bei Nichtbeachtung dieser Ordnungsvorschrift die erfolgte Eintragung nicht unwirksam (RG 73, 52).

10. Die Zulässigkeit der **Sicherung auch künftiger oder bedingter Ansprüche** ist für die Auflassungsvormerkung von besonderer Bedeutung, weil die Auflassung selbst nach § 925 Abs 2 nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen kann. Soll die Eigentumsübertragung gleichwohl eine bedingte oder betagte sein, so kann Sicherung für den Fall des Eintritts der Bedingung oder des Anfangs- bzw. Endtermins durch Auflassungsvormerkung herbeigeführt werden. Wenn z. B. die Eigentumsübertragung durch Zahlung

eines Kaufpreisteils aufschiebend bedingt sein soll, kann für den Käufer eine Vormerkung dahin eingetragen werden, daß, falls er die Bedingung erfülle, dem Verkäufer die Verpflichtung zur Auflassung obliege. Wenn die Eigentumsübertragung durch Zahlung des Kaufpreises zu einem bestimmten Termine auflösend bedingt ist, kann unter unbedingter Erteilung der Auflassung eine Vormerkung für den Verkäufer dahin eingetragen werden, daß, wenn die Zahlung des Kaufpreises nicht erfolge, der Käufer zur Rückauflassung verpflichtet sei. Als ein bedingter Anspruch auf Auflassung, der durch Vormerkung gesichert werden kann, ist es auch anzusehen, wenn Gegenstand des Anspruchs ein Grundstücksteil ist und die Bestimmung des Umfangs des Teiles noch von der Entschließung einer Behörde (z. B. wegen Anschlusses an eine Staatsbahn) abhängt (vgl. RG Gruch 58, 1017). — Im übrigen sind vormerkungsfähige bedingte Ansprüche, z. B.: der Anspruch gegen einen Hypothekengläubiger auf Entpfändung eines Grundstücksteils unter einer Bedingung (KGJ 23 A 152); der Anspruch einer Gemeinde auf Abtretung von Grundeigentum zu Straßenland gegen festgesetzte Entschädigung für den Fall der Anlage der Straße (KGJ 25 A 147; der Anspruch des Eigentümers auf Aufhebung des Erbbaurechts für den Fall, daß das Recht ohne seine Genehmigung veräußert oder der Erbbauzins nicht pünktlich gezahlt werden sollte (RJA 9, 271). — Auch ein Anspruch, der sich aus der Begründung eines persönlichen Vorkaufsrechts (§§ 504ff.), sowie ein Anspruch, der sich aus der Festsetzung eines Wiederkaufsrechts in einem Kaufvertrage (§§ 497ff.) ergibt, kann durch Vormerkung gesichert werden, und zwar schon, bevor die Erklärung, daß das Vorkaufsrecht bzw. das Wiederkaufsrecht ausgeübt werde, abgegeben worden ist. Denn es wird beim Vorkaufsrecht durch den Begründungsvertrag, beim Wiederkaufsrecht durch den (ersten) Kaufvertrag die Verpflichtung des Eigentümers bzw. Käufers zur Übertragung bzw. Rückübertragung des Eigentums unter der Bedingung begründet, daß gegebenenfalls das gewährte Recht von dem Vorkaufs- bzw. Wiederkaufsberechtigten ausgeübt wird. Diesem steht also, vorausgesetzt, daß der Begründungsvertrag rechtsbeständig, insbesondere formgerecht geschlossen ist (vgl. § 313; RG 72, 385), ein bedingter Anspruch auf Übertragung bzw. Rückübertragung des Eigentums zu, der durch Vormerkung gesichert werden kann (str., vgl. KGJ 42, 211 sowie RG 67, 48; 69, 282; 72, 392; Warn 1914 Nr 50; auch RJA 9, 265). Auch ein persönliches Vorkaufsrecht mit festbestimmtem Preise kann, wiewohl ein dingliches Vorkaufsrecht mit festbestimmtem Preise nicht bestellt werden kann (§ 1098 A 2), durch Vormerkung gesichert werden, da beim persönlichen Vorkaufsrecht, mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse, eine Preisfestsetzung zulässig ist und es sich auch hier um einen bedingten Anspruch auf Einräumung des Eigentums an dem fraglichen Grundstück handelt (RG Warn 1914 Nr 50; vgl. KGJ 51, 274). — Eine Vormerkung für einen bedingten Anspruch ist auch dann nicht unzulässig, wenn der Eintritt der Bedingung im freien Willen des Berechtigten steht, sofern nur die betreffende Ausübung des Willens als Verpflichtungsbedingung vertragsmäßig festgesetzt ist (vgl. RG 67, 45; 69, 283, aber auch OLG 15, 333). — Künftige Ansprüche bilden dann nicht eine genügende Grundlage für die Vormerkung, wenn für ihre Entstehung nichts weiter als lediglich eine Möglichkeit besteht. So z. B. nicht ein Anspruch auf Eigentumsübertragung, der erst durch eine in Aussicht stehende Übertragung von dem zur Zeit Berechtigten erworben werden soll (vgl. RG 74, 158). Ferner nicht ein Anspruch auf Auflassung eines Grundstücks: für den (angeblichen) gesetzlichen oder testamentarischen Erben des Eigentümers vor dessen Tode, da vor dem Erbfalle keinerlei Rechte des vermeintlichen Erben auf das Grundstück bestehen (KGJ 48, 191); für den (angeblich) in einem Testament des Eigentümers als Vermächtnisnehmer mit dem Grundstück Bedachten, da nur ein zukünftiger und zugleich durch den früheren Tod des Erblassers bedingter, auch von dessen freier Willkür abhängiger Anspruch gegen die künftigen Erben in Betracht kommen kann (KGJ 48, 192). Jedoch sind künftige Ansprüche im Sinne des § 883 Satz 2 nicht bloß bereits entstandene betagte Ansprüche. Vielmehr sind künftige Ansprüche immer dann vormerkungsfähig, wenn bereits ein Rechtsverhältnis als Grundlage für ihre künftige Entstehung geschaffen ist (vgl. RJA 10, 157; KGJ 40 A 124: künftiger Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück auf Grund eines Antrags zur Schließung eines Kaufvertrags). Deshalb könnte an sich von dem Gesichtspunkte der Sicherung eines künftigen Anspruchs z. B. auch ein Anspruch gegen den Eigentümer auf Übertragung einer Hypothek, falls er diese bei Veräußerung des Grundstücks von dem Käufer für das Kaufgeld bestellt erhalte, vorgemerkt werden (a. M. OLG 15, 334). Der Eintragung der Vormerkung steht aber entgegen, daß der Eigentümer nicht gegenwärtiger Inhaber der noch gar nicht bestehenden Hypothek ist (vgl. A 2). — Der Anspruch kann auch von einer Gegenleistung abhängig sein (vgl. RG Gruch 34, 1091; JW 89, 320[61]; 97, 100[66]; auch OLG 13, 6).

11. Eine den Anspruch vereitelnde oder beeinträchtigende Verfügung ist unwirksam nur gegenüber dem durch die Vormerkung Berechtigten. Eine Sperre des Grundbuchs wird durch die Vormerkung nicht herbeigeführt. Der Verpflichtete bleibt zu Verfügungen über sein Recht befugt, auch wenn diese mit dem vorgemerkten Anspruche in Widerspruch

stehen (RJA 11, 242). Eine rechtliche Beschränkung der Befugnis zur Verfügung, eine Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 2 enthält daher die Vormerkung nicht (str.). Zum Beispiel wird der Eigentümer durch eine Hypothekvormerkung nicht an einer weiteren Belastung des Grundstücks, durch eine Auflassungsvormerkung nicht an einer anderweiten Veräußerung gehindert (RG Gruch 48, 934). Die Verfügungen sind auch voll wirksam, wenn die Vormerkung etwa in Wegfall kommt oder der Vormerkungsberechtigte seine Genehmigung dazu erteilt (RJA 8, 157). Das Grundbuchamt darf daher die Entgegennahme und Ausführung von Eintragungsanträgen nicht deshalb ablehnen, weil die beantragten Eintragungen mit einer Vormerkung in Widerstreit treten können (RJA 8, 157; 11, 242). — Jedoch hat die Verfügungsbefugnis des Verpflichteten ihre Grenze darin, daß die Verfügung nicht die Beseitigung der Vormerkung selbst herbeiführen darf. Soweit eine Verfügung mit Notwendigkeit die Aufhebung der Vormerkung zur Folge hat, greift sie unberechtigt in die Rechte des Vormerkungsberechtigten unmittelbar ein. Deshalb ist der Verpflichtete ohne Zustimmung des Vormerkungsberechtigten z. B. nicht befugt, ein Recht an einem Grundstücke, gegen das die Vormerkung sich richtet, zur Löschung zu bringen, da mit der Löschung des Rechtes auch die Vormerkung zur Löschung gelangen müßte (str.). — Wenn der vorgemerkte Anspruch zur endgültigen Feststellung gebracht wird, sind die nach der Vormerkung erfolgten Eintragungen insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beschränken (vgl. OLG 13, 7). Insofern erhält die Vormerkung eine tatsächliche Beschränkung in der Freiheit des Verfügens, indem der Verfügende sich vor Augen halten muß, daß seine Verfügung nur dann voll wirksam werden könne, wenn die Vormerkung wegfalle. Die bezeichnete Wirkung hat die Vormerkung gemein mit einem Veräußerungsverbote zugunsten einer bestimmten Person im Sinne der §§ 135, 136. Insoweit steht sie einem solchen Veräußerungsverbote gleich. Dieses aber kann auch zum Schutze eines dinglichen Rechtes dienen. Es ist ferner zwar eintragungsfähig, jedoch nicht eintragungsbedürftig, wirkt vielmehr auch ohne Eintragung, wenigstens gegen jeden, der es kennt (§ 135 Abs 2, § 892 Abs 1 Satz 2), während die Vormerkung zur Wirksamkeit der Eintragung bedarf. Anderseits kann das Veräußerungsverbot nicht wie die Vormerkung zu einem dinglichen Rechte werden, sondern erschöpft sich, abgesehen von dem Anspruch auf Zustimmung nach § 888, in der negativen Wirkung des Nichtdürfens. Ferner bestehen Unterschiede zwischen beiden hinsichtlich der Wirkungen gegenüber Zwangsvollstreckungsakten und im Konkurse (s. A 12, 13). Endlich kann das Veräußerungsverbot gemäß § 137 Satz 1 nicht durch Rechtsgeschäft (Bewilligung) dinglich wirkend begründet werden. Die Vormerkung ist daher ein Veräußerungsverbot im eigentlichen Sinne nicht (vgl. KGJ 40 A 123). Sie wirkt nur nach gewissen Richtungen wie ein Veräußerungsverbot, und deshalb kann man sagen, daß ein Veräußerungsverbot besonderer Art mit ihr verbunden ist (s. A 8). Unzulässig wäre freilich die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung der persönlichen Verpflichtung, über ein Recht nicht zu verfügen. Jedoch deswegen, weil hierbei nicht ein Anspruch in Betracht kommt, dessen Sicherung durch Vormerkung im § 883 Abs 1 zugelassen ist (KGJ 40 A 126). — Vereitelt wird z. B. eine Auflassungsvormerkung durch anderweite Veräußerung (vgl. RG Warn 1919 Nr 95), und beschränkt wird sie z. B. durch Eintragung von Hypotheken (vgl. RG Gruch 48, 934; KGJ 43, 213; OLG 13, 7). — Hinsichtlich der Unwirksamkeit der Verfügung kommt es nicht darauf an, ob derjenige, der durch die Verfügung Rechte erworben hat, in gutem oder in bösem Glauben über das Bestehen der Vormerkung gewesen ist. Auch wenn er geglaubt hat, der vorgemerkte Anspruch bestehe nicht, oder wenn er von der Vormerkungseintragung keine Kenntnis gehabt hat, wirkt gegen ihn die Tatsache, daß die Vormerkung im Grundbuche eingetragen steht, und muß er die Unwirksamkeit der Verfügung gegen sich gelten lassen (vgl. RG 93, 118; Gruch. 52, 1070; JW 08, 275[11]; Warn 1911 Nr 124, 379). — Geschützt ist der Vormerkungsberechtigte jedoch unbedingt nur gegen solche Verfügungen, die von demjenigen ausgehen, gegen den sich der Anspruch richtet, nicht gegen Verfügungen eines anderen, für den nur tatsächlich die Verfügungsmöglichkeit gegeben war. Vgl. die hierauf bezüglichen Ausführungen betreffend die Löschungsvormerkung in § 1179 A 7. — Die Wirkung der Vormerkung gegenüber einer den Anspruch vereitelnden oder beeinträchtigenden Verfügung tritt erst dadurch zutage, daß die Unwirksamkeit der Verfügung, nachdem der vorgemerkte Anspruch zur Feststellung gebracht worden ist, von dem Vormerkungsberechtigten geltend gemacht wird. Denn die Verfügung ist nicht allgemein (absolut), sondern nur dem Vormerkungsberechtigten gegenüber (relativ) unwirksam (str.) Ein Dritter (z. B. bei Eintragung einer Hypothek nach einer Auflassungsvormerkung ein nachstehender Hypothekengläubiger) ist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit nicht befugt. Noch weniger kann der Verfügende selbst die Unwirksamkeit der Verfügung gegenüber seinem Vertragsgenossen geltend machen (OLG 8, 433). — Betrifft die Vormerkung das Grundstück selbst, ist sie z. B. eine Auflassungsvormerkung oder eine Hypothekvormerkung, und erstreckt sich der vorgemerkte Anspruch auch auf das zur Zeit der Eintragung der Vormerkung vorhandene Zubehör (z. B. gemäß § 314,

wenn in den genannten Fällen der Eigentümer sich zur Veräußerung des Grundstücks bzw. zu dessen Belastung mit einer Hypothek verpflichtet hat), so untersteht auch das Zubehör dem Schutze des § 883 Abs 2 und sind die Verfügungen des Eigentümers über das Zubehör, soweit sie den Gegenstand des Anspruchs ergreifen und dadurch den Anspruch vereiteln oder beschränken, ebenso unwirksam wie seine entsprechenden Verfügungen über das Grundstück (vgl. Prot 3, 747). Ist die Eintragung einer Vormerkung zwar auf dem Blatte des ganzen ungeteilten Grundstücks bewirkt, jedoch die Vormerkung nach dem Inhalte des Eintragungsvermerks nur auf einen Teil des Grundstücks beschränkt, so erstreckt sich ihre Wirksamkeit auch nur auf diesen Teil (RG 55, 273; vgl. A 9).

12. Bezüglich der **Wirkungen gegenüber Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung** weist die Vormerkung gegenüber den Veräußerungsverboten der §§ 135, 136, bei denen nach § 135 Abs 1 Satz 2 einer rechtsgeschäftlichen Verfügung des Schuldners die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung (§ 928 ZPO) erfolgenden Verfügungen ebenfalls gleichgestellt sind, darin einen Unterschied auf, daß die Vorschrift des § 772 ZPO, wonach der Gegenstand, auf den sich ein Veräußerungsverbot bezieht, nicht im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert werden darf, auf die Vormerkung keine Anwendung findet. — Im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks, auf das die Vormerkung oder ein Recht, gegen das sich die Vormerkung richtet, eingetragen ist, ist der Vormerkungsberechtigte nach §§ 9 Nr 1, 48 ZVG Beteiligter, dessen vorgemerkter Anspruch gleich bedingten Rechten bei Feststellung des geringsten Gebots wie ein eingetragenes Recht berücksichtigt wird. Es finden daher auf den vorgemerkten Anspruch die für bedingte Rechte geltenden Vorschriften Anwendung, insbesondere hinsichtlich der Folgen des Wegfalls eines Rechtes, der Aufnahme in den Teilungsplan, der Behandlung bei der Verteilung des Versteigerungserlöses (§§ 50, 51, 114, 119, 124, 125 ZVG). Die Zwangsversteigerung wird durch die Vormerkung ebensowenig verhindert wie eine rechtsgeschäftliche Verfügung über das Grundstück (str.; RG JW 1910, 489[37]). Auch die Vormerkung auf Einräumung des Eigentums (Auflassung) ist nicht ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne der §§ 28, 37 Nr 5 ZVG. Ist die Auflassungsvormerkung vor dem Rechte des betreibenden Gläubigers eingetragen und wird sie daher in das geringste Gebot aufgenommen, so bleibt sie bestehen und ist auch gegenüber dem Ersteher wirksam, so daß er, wenn der vorgemerkte Anspruch endgültig festgestellt wird, nach §§ 883 Abs 2, 888 das Grundstück herausgeben muß (vgl. RG 7, 177; 15, 269; 27, 238). Ist die Vormerkung erst nach dem betreibenden Gläubiger eingetragen, so erlischt sie gemäß §§ 44, 45, 52 Satz 2, 91 ZVG durch den Zuschlag und kann der Vorgemerkte nur einen Anspruch auf den Versteigerungserlös nach Maßgabe des § 92 ZVG geltend machen (str., RG Warn 08 Nr 307; JW 1910, 489[37]; vgl. OLG 13, 6; s. auch hinsichtlich des Ranges A 14).

13. Dadurch, daß die den vorgemerkten Anspruch vereitelnden oder beschränkenden **Verfügungen des Konkursverwalters** unwirksam sind (vgl. RG JW 06, 424[9]), unterscheidet sich die Vormerkung ebenfalls (s. A 12) von den Veräußerungsverboten der §§ 135, 136. Diese sind nach § 13 KO den Konkursgläubigern gegenüber überhaupt unwirksam, während nach § 24 KO der Vormerkungsberechtigte von dem Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruchs verlangen kann. Letzteres bedeutet, daß, wenn der vorgemerkte Anspruch besteht, er in vollem Umfange aus der Konkursmasse zu befriedigen ist und der Vormerkungsberechtigte nicht auf die Rechtsstellung eines auf anteilige Befriedigung aus der Konkursmasse beschränkten Konkursgläubigers zu verweisen ist. Die Befriedigung geschieht, wenn die Vormerkung auf Auflassung gerichtet ist, nach Feststellung des vorgemerkten Anspruchs durch endgültige Einräumung des Eigentums. Das Wahlrecht des Konkursverwalters zwischen Erfüllung und Rücktritt aus § 17 wird hier wie auch sonst bei vorgemerkten Ansprüchen aus zweiseitigen Verträgen durch § 24 KO ausgeschlossen (str.). Ferner gewährt die Hypothekvormerkung nach § 47 KO ein Absonderungsrecht, und sie bleibt nach § 193 KO durch einen Zwangsvergleich unberührt. — Diese Wirkungen der Vormerkung bestehen, gleichviel, ob die Vormerkung auf Grund der Bewilligung des Passivbeteiligten oder ob sie auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen worden ist. Jedoch gilt nach §§ 221 Abs 2, 236 KO für den Konkurs über einen Nachlaß und das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft die Ausnahme, daß eine nach dem Eintritte des Erbfalls bzw. der fortgesetzten Gütergemeinschaft im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung unwirksam ist. — Zu bemerken ist, daß eine Vormerkung gemäß § 18 Abs 2 GBO die vorbezeichneten Wirkungen nicht hat, da sie nicht zur Sicherung eines Anspruchs im Sinne des § 883 dient, sondern nur den Zweck hat, der vorbereiteten Eintragung für den Fall der Beseitigung des Hindernisses den Rang zu wahren (str., s. A 2 „Rechtsgrund“, § 878 A 5, RJA 10, 233).

14. Der **Rang des durch die Vormerkungseintragung gesicherten Rechtes** bestimmt sich bei der endgültigen Eintragung, wenn das Recht das Grundstück belastet, nach

§ 879 (KGJ 41, 224). Treffen mehrere Vormerkungen (z. B. mehrere Hypothekvormerkungen oder eine Auflassungsvormerkung und eine Hypothekvormerkung) zusammen, die sich zu dinglichen Rechten entwickelt haben, so bestimmt sich der Rang der Rechte nach der Reihenfolge (in der nämlichen Abteilung) oder nach dem Datum (in verschiedenen Abteilungen) der Vormerkungseintragungen auch dann, wenn die Umwandlung der Vormerkungen in die Rechte in einem anderen Zeitverhältnis erfolgt ist, als es der Reihenfolge bzw. dem Datum der Vormerkungseintragungen entsprechen würde. — Über das Rangverhältnis von Rechten an Grundstücksrechten, auf die § 879 keine Anwendung findet, vgl. § 879 A 2. Über die Zulässigkeit der Rangänderung nach § 880 vor der endgültigen Eintragung des dem vorgemerkten Anspruche entsprechenden Rechtes vgl. § 880 A 2 „Gegenstand". — Auf die (eine Belastung des Grundstücks betreffenden) Vormerkungen selbst, solange sie noch nicht zu endgültigen Rechten geworden sind, findet § 879 bezüglich des Rangverhältnisses zu anderen Eintragungen keine Anwendung (str.; s. § 879 A 3). Jedoch kann bei der Zwangsversteigerung der Vormerkungsberechtigte, dessen Vormerkung nach dem Rechte des betreibenden Gläubigers eingetragen ist (s. A 12), vor den nach ihm eingetragenen Rechten Anspruch auf den Versteigerungserlös erheben, da er damit die Unwirksamkeit der nacheingetragenen Rechte ihm gegenüber nach Maßgabe der §§ 883 Abs 2, 888 geltend macht (str.; vgl. **RG** 55, 270; KGJ 39 A 200; OLG 13, 7; a. M. 11, 121). — Ist die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen (§ 885) und wird diese aufgehoben, so erlischt mit Erlassung der aufhebenden Entscheidung die Vormerkung. Daher kann nicht mehr an ihrer Stelle das gesicherte Recht mit dem aus § 883 Abs 2 sich ergebenden Range endgültig eingetragen werden. Vgl. hierüber § 886 A 3, § 879 A 5. — Auf Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines Rechtes bezieht sich Abs 3 seinem Wortlaute nach nicht; diese Ansprüche stehen auch zu dem Range anderer Rechte in keiner Beziehung. Soll jedoch durch die Inhaltsänderung das Recht erweitert werden (z. B. Zinserhöhung), so findet auch hier Abs 3 Anwendung, da die Erweiterung gleichsteht der Einräumung eines neuen Rechtes.

§ 884

Soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist[1]), kann sich der Erbe des Verpflichteten[2]) nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen[3]).

E II 804; P 5 779 f.

1. Nur **soweit der Anspruch vorgemerkt** ist, gilt § 884. Geht der Anspruch (auf Einräumung, Aufhebung oder Änderung eines Rechtes an einem zum Nachlasse gehörigen Grundstücke oder an einem zum Nachlasse gehörigen, ein Grundstück belastenden Rechte) über die Vormerkungseintragung hinaus, ist z. B. vor Eintragung einer Auflassungsvormerkung eine Hypothek von dem Verpflichteten bestellt worden, auf deren Beseitigung der Berechtigte auf Grund des ihn berechtigenden Rechtsgeschäfts einen Anspruch hat, so steht dem Erben des Verpflichteten gegenüber diesem Anspruche die Einrede der beschränkten Haftung zu (Prot 5, 780).

2. Der **Verpflichtete, dessen Erbe** sich nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen kann, ist derjenige, gegen den der durch die Vormerkung gesicherte persönliche Anspruch entstanden und ursprünglich gerichtet war. Auf denjenigen, dessen Zustimmung gemäß § 888 erforderlich ist, wenn nach Eintragung der Vormerkung zu seinen Gunsten verfügt worden ist, findet § 884 keine Anwendung. — Ist die Vormerkung erst nach dem Tode des Verpflichteten (auf das zum Nachlasse gehörige Grundstück bzw. Recht an einem Grundstücke) eingetragen worden, so ist zu unterscheiden, ob die Eintragung auf Bewilligung des Erben oder ob sie auf Grund einstweiliger Verfügung erfolgt ist. Im ersteren Falle steht die Vormerkung einer vor dem Erbfalle eingetragenen gleich. Im letzteren Falle ist die Vormerkung, wenn über den Nachlaß Konkurs eröffnet wird, nach § 221 Abs 2 KO unwirksam und stehen dem Erben nach §§ 1990 Abs 2, 2016 Abs 2 die Abzugseinrede aus § 1990 Abs 1 und die aufschiebenden Einreden aus §§ 2014, 2015 zu, die dem unbeschränkt haftenden Erben nach §§ 2013, 2016 Abs 1 sonst nicht gegeben sind.

3. Die **Beschränkung der Haftung, auf die sich der Erbe des Verpflichteten nicht berufen kann,** regeln die §§ 1973, 1975 ff., 1989, 1994, 2000, 2013. Die Vorschrift des § 884 findet Ergänzungen in §§ 1971, 1974 Abs 3, 2016 Abs 2, wonach Vormerkungsberechtigte durch das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und durch die im § 1974 bestimmte Ausschlußfrist nicht betroffen werden und dem Erben ihnen gegenüber, abgesehen von dem in A 2 erörterten Ausnahmefalle, nicht die aufschiebenden Einreden aus §§ 2014, 2015 zustehen.

§ 885

Die Eintragung einer Vormerkung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung[1]) oder auf Grund der Bewilligung desjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird[2]). Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs glaubhaft gemacht wird[1]).

Bei der Eintragung kann zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs auf die einstweilige Verfügung oder die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden[3]).

E II 804; P 3 108 ff., 115 f.; 4 586.

1. Die Erlassung der **die Eintragung einer Vormerkung anordnenden einstweiligen Verfügung** erfolgt nach Maßgabe der §§ 935 ff. in Verbindung mit §§ 916 ff. ZPO. Jedoch bedarf es nach § 885 Abs 1 Satz 2, abweichend von §§ 917, 920 Abs 2 ZPO, **nicht der Glaubhaftmachung** (§ 294 ZPO), **daß der zu sichernde Anspruch gefährdet sei.** Der gesetzgeberische Grund für diese Abweichung ist, daß in allen hier in Betracht kommenden Fällen eine Gefährdung schon durch die Einrichtung des Grundbuchs gegeben ist, die es dem Schuldner ermöglicht, die Verwirklichung des Anspruchs durch Veräußerung des Grundstücks oder des Rechtes auszuschließen, und daß der Nachweis einer weiteren besonderen Gefahr dem Gläubiger nicht zuzumuten ist (Prot 3, 115; SeuffA 63 Nr 44). Dagegen ist der Anspruch glaubhaft zu machen. Es kann aber die Glaubhaftmachung durch Sicherheitsleistung ersetzt, anderseits trotz Glaubhaftmachung des Anspruchs Sicherheitsleistung gefordert werden (§§ 921 Abs 2, 936 ZPO). Gründet sich der Anspruch auf ein Rechtsgeschäft, so muß glaubhaft gemacht werden, daß das Rechtsgeschäft gültig, insbesondere in der etwa vorgeschriebenen Form geschlossen worden ist. Über andere Rechtsgründe für den Anspruch vgl. § 883 A 2 „Rechtsgrund". Der Anspruch braucht nicht fällig zu sein, er kann bedingt oder von einer Gegenleistung abhängig sein (s. § 883 A 10). Jedoch muß es ein im Klagewege verfolgbarer Anspruch des Antragstellers sein. So kann z. B. zur Sicherung eines von dem bisherigen Berechtigten künftig erst zu erwerbenden Anspruchs auf Eigentumsübertragung, wie nicht eine einstweilige Verfügung überhaupt (vgl. §§ 926, 936 ZPO), auch nicht eine solche auf Eintragung einer Vormerkung erlassen werden (**RG** 74, 158; s. dazu § 883 A 10 a. E.). — Zuständig für die Erlassung ist sowohl das Gericht der Hauptsache, als auch das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Grundstück, auf das die Vormerkung eingetragen werden soll, belegen ist, und zwar letzteres auch in nicht dringenden Fällen (§§ 919, 942 Abs 1, 2 ZPO). Gericht der Hauptsache (§ 943 Abs 1 ZPO) ist dasjenige Gericht erster oder zweiter Instanz, bei dem der Rechtsstreit über den durch die Vormerkung zu sichernden Anspruch auf Einräumung, Aufhebung oder Änderung eines Rechtes an einem Grundstücke oder eines Rechtes an einem solchen Rechte anhängig ist oder anhängig gemacht werden kann (vgl. **RG** 4, 407; 30, 351; 31, 372). — Passiv legitimiert für die Klage und demgemäß auch für die einstweilige Verfügung ist derjenige, der aus einem der in § 883 A 2 „Rechtsgrund" genannten Rechtsgründe persönlich verpflichtet ist, die durch die Vormerkung zu sichernde Änderung des Rechtsstandes eines Grundstücks herbeizuführen (z. B. auch derjenige, der verpflichtet ist, eine ihm abgetretene Hypothek unter gewissen Voraussetzungen zurückzuübertragen, OLG 8, 306). Ist der zu sichernde Anspruch auf Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke (z. B. einer Hypothek, die von dem Käufer in dem Kaufvertrage nicht übernommen worden ist) gerichtet, so ist ein Dritter, dem ein Recht an dem aufzuhebenden Rechte zusteht (dem z. B. die Hypothek verpfändet ist), nicht passiv legitimiert, auch wenn zur Aufhebung des Rechtes seine Mitwirkung erforderlich ist (OLG 3, 99). Ferner ist, wenn der Grundstückseigentümer sich zur Eintragung eines Rechtes verpflichtet, demnächst aber das Grundstück an einen Dritten veräußert hat, dieser hinsichtlich einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung des Rechtes nicht passiv legitimiert, da gegen ihn überhaupt kein Anspruch auf Einräumung des Rechtes besteht (vgl. OLG 26, 7). — Die einstweilige Verfügung muß binnen der Frist von einem Monat vollzogen werden (§ 929 Abs 2 ZPO). Als Vollziehung gilt nach §§ 932 Abs 3, 936 ZPO der Antrag auf Eintragung (§§ 13, 30 GBO), der vom Gläubiger gestellt werden kann (KGJ 41, 222), oder, wenn das Gericht gemäß § 941 ZPO um Eintragung ersucht, nach § 39 GBO der Eingang des Ersuchens beim Grundbuchamte (vgl. **RG** 67, 165, auch RJA 7, 69). Es muß aber gemäß § 929 Abs 3 ZPO die Zustellung an den Antragsgegner, falls sie noch nicht geschehen ist, innerhalb einer Woche nach der Vollziehung und vor Ablauf der Vollziehungsfrist erfolgen (**RG** 67, 164; 81, 288). Sind die letzteren Fristen nicht eingehalten oder ist die Vollziehung erst nach Ablauf der Vollziehungsfrist bewirkt worden, so ist die vorgenommene Eintragung der Vormerkung unwirksam, da sie eine Vollziehungsmaßregel ist

und daher Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse für die Vollziehung der einstweiligen Verfügung Voraussetzung für ihre Wirksamkeit ist (RG 67, 165; 81, 288; OLG 10, 399; 23, 348). Jeder Inhaber des durch die nichtige Vormerkungseintragung beeinträchtigten Grundeigentums oder Rechtes am Grundstück kann ebenso, wie wenn eine einstweilige Verfügung überhaupt nicht erlassen wäre, von dem als Berechtigten Eingetragenen Beseitigung der Eintragung verlangen; zwar nicht nach § 894, da die Vormerkung nicht ein „Recht" im Sinne dieser Vorschrift ist (§ 883 A 8), wohl aber auf Grund des unmittelbar oder entsprechend anzuwendenden (s. § 886 A 2) § 1004 (str.; vgl. RG 26, 399; 56, 252; 81, 288; a. M. Güthe in Gruch 57 S. 10ff., 40ff., der den § 894 entsprechend anwenden will). Dies gilt auch dann, wenn der gesicherte Anspruch rechtsbeständig und wenn die einstweilige Verfügung nicht (auf Widerspruch des Vormerkungsverpflichteten gemäß § 924 ZPO) aufgehoben ist, da die Vormerkungseintragung als solche nichtig ist (RG 81, 288). Wegen dieser Nichtigkeit kann ferner, selbst wenn der Anspruch rechtskräftig festgestellt wird, nicht die Umschreibung der Vormerkung in das endgültige Recht erfolgen (RG 81, 288). Ebensowenig kann die nichtige Vormerkungseintragung etwa dadurch aufrechterhalten werden, daß eine neue einstweilige Verfügung ausgebracht und rechtzeitig vollzogen wird; vielmehr kann auf Grund solcher neuen einstweiligen Verfügung nur eine neue Vormerkung an anderer Stelle des Grundbuchblatts eingetragen werden (RG 81, 288). — Während der Dauer des Konkursverfahrens über das Vermögen des Verpflichteten darf nach § 14 Abs 2 KO eine Vormerkung auf ein zur Konkursmasse gehöriges Grundstück oder Recht an einem Grundstück zugunsten einzelner Konkursgläubiger auf Grund einstweiliger Verfügung nicht eingetragen werden. Die etwa vorgenommene Eintragung ist nichtig. Der Konkursverwalter kann ihre Beseitigung ebenso verlangen wie in dem oben erörterten Falle der Nichtigkeit. Wird dagegen auf Grund der Bewilligung des Gemeinschuldners eine solche Vormerkung eingetragen, so ist sie nur den Konkursgläubigern gegenüber nach Maßgabe des § 7 KO unwirksam.

2. Die **Eintragungsbewilligung des Betroffenen** für sich allein genügt, abgesehen von der Eintragung, zur rechtswirksamen Begründung der Vormerkung. Einer Einigung zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten gemäß §§ 873, 877 bedarf es nicht, da nicht ein Recht eingeräumt oder geändert, sondern nur ein persönlicher (schuldrechtlicher) Anspruch auf die Einräumung oder die Änderung gesichert wird. Die M 3, 244 bemerken zwar, es sei nicht zweifelhaft, daß ein Vertrag zwischen den Beteiligten vorausgesetzt werde. Jedoch hat dies im Gesetze keinen Ausdruck gefunden (str.; RG Gruch 62, 119, wo eine etwaige Einigung zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten hinsichtlich der Heilung eines wesentlichen Mangels in der Eintragungsbewilligung für belanglos erklärt wird; KGJ 46, 207). — Die freiwillige Gewährung der Vormerkung wird bei nicht bestehendem Streite über den Anspruch namentlich dann erfolgen, wenn bei einem Geschäfte, dessen Entwicklung sich je nach den Umständen ganz verschieden gestalten kann, dem Verpflichteten nicht zuzumuten ist, dem Gläubiger sofort ein bestimmtes dingliches Recht einzuräumen (Prot 3, 115). — Ist die Bewilligung rechtsunwirksam (z. B. weil sie nur zum Schein erklärt oder sie wegen Irrtums oder Betrugs berechtigt angefochten ist), so ist die Vormerkung nichtig und kann ihre Beseitigung ebenso wie in den in A 1 erwähnten Fällen der Nichtigkeit verlangt werden. Dies gilt auch, wenn der Gegenstand der Vormerkung in der Eintragungsbewilligung derart unvollkommen angegeben ist, daß er nicht einmal bestimmbar ist (z. B. wenn als Gegenstand einer Auflassungsvormerkung angegeben ist „mein Restgut von zirka 400 Morgen": RG Gruch 62, 117).

Der **Passivbeteiligte**, der die Bewilligung erklären muß, ist der Eigentümer des Grundstücks oder der Inhaber des Rechtes an einem Grundstücke, in Ansehung dessen die Vormerkung eingetragen werden soll (z. B. derjenige, der eine ihm abgetretene Hypothek unter gewissen Voraussetzungen zurückübertragen muß, OLG 8, 306). — Sind im ersteren Falle Eigentümer des Grundstücks mehrere Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft, so bedarf es zur Eintragung der Vormerkung der Bewilligung sämtlicher Erben; die Bewilligung eines einzelnen Miterben genügt nicht, auch nicht für seinen Anteil, da vor der Erbauseinandersetzung das Grundstück als ein Stück des Nachlasses lediglich den Erben insgesamt gehört (RJA 4, 255). — Eine Verfügung ist die Bewilligung nicht (s. § 883 A 8 „öffentlicher Glaube des Grundbuchs"). Demnach ist die Frage, ob der Ehemann bei gesetzlichem Güterstande ohne Zustimmung der Frau, diese ohne Einwilligung des Mannes eine Vormerkung in bezug auf das eingebrachte Gut bewilligen kann, nicht von dem Gesichtspunkte der Verfügung (§§ 1375, 1395, 1398) zu entscheiden. Vielmehr ist die Gewährung der Vormerkungseintragung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakt. Zur Bewilligung ist daher derjenige berechtigt, dem die Verwaltung zusteht; dies ist bei dem gesetzlichen Güterstande der Ehemann. Deshalb ist nach § 1374, da der Ausnahmefall des § 1375 nicht gegeben ist, die Zustimmung des Ehemanns zu der Bewilligung der Vormerkungseintragung seitens der Ehefrau erforderlich, während die Bewilligung des Ehemanns der Zustimmung der Ehefrau nicht bedarf (str.). Gleiches gilt

nach § 1443 auch für die Vormerkungseintragung in bezug auf das Gesamtgut bei gütergemeinschaftlicher Ehe, und zwar trotz § 1445 auch dann, wenn der zu sichernde Anspruch die Einräumung eines Rechtes an einem zum Gesamtgute gehörigen Grundstücke zum Ziele hat (str., a. M. RJA 5, 195). Jedoch ist dabei zu beachten, daß die Vormerkung nur dann Rechtswirksamkeit hat, wenn der Anspruch rechtsgültig begründet worden ist (s. § 883 A 2 „rechtsbeständig") und daß die Verpflichtung zur Eintragung des endgültigen Rechtes allerdings eine Verpflichtung zu einer Verfügung ist. Daher ist nach § 1375 eine jede Vormerkung in Ansehung des eingebrachten Gutes und nach § 1445 eine Vormerkung in Ansehung eines zum Gesamtgute gehörigen Grundstücks nur dann wirksam, wenn die Frau zur Begründung des Anspruchs ihre Einwilligung erteilt hat. Jedoch hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen, ob ein rechtsbeständiger Anspruch der Eintragungsbewilligung zugrunde liegt. Zur Vornahme der Eintragung genügt die (rechtsgültige) Eintragungsbewilligung des Legitimierten.

Die **Vorschrift des § 878** über Einflußlosigkeit des nachträglichen Eintritts einer Verfügungsbeschränkung findet keine Anwendung, da sie lediglich die in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebenen Erklärungen betrifft, unter welche die Bewilligung der Vormerkungseintragung nicht fällt (str., s. § 878 A 1). Daher macht die Verfügungsbeschränkung des Bewilligenden, auch wenn sie erst nach Stellung des Antrags auf Eintragung der Vormerkung beim Grundbuchamte eintritt, die Bewilligung unwirksam. — Der **Zustimmung** derjenigen Personen, die als gegenwärtige **Drittberechtigte** (z. B. bei Aufhebung oder Änderung des Inhalts oder Ranges eines belasteten Rechtes gemäß §§ 876, 877, 880 Abs 3) oder als künftige Berechtigte (z. B. als künftige Eigentümerhypothekare bei Aufhebung oder Änderung des Ranges hypothekarischer Rechte gemäß §§ 880 Abs 2 Satz 2, 1183 BGB; § 27 GBO) der endgültigen Aufhebung oder Änderung eines Rechtes am Grundstücke oder eines Rechtes an einem solchen Rechte zustimmen müssen, bedarf es nicht, da durch die Vormerkung eine Aufhebung oder Änderung des Rechtes nicht herbeigeführt und also die Rechtsstellung dieser Personen nicht berührt wird.

Eine **Form** ist zur Wirksamkeit der Bewilligung nicht vorgeschrieben. § 885 spricht nicht, wie § 873 Abs 2, § 875 Abs 2 von „einer den Vorschriften der GBO entsprechenden" Eintragungsbewilligung. Sie kann daher (mit materiellrechtlicher Wirksamkeit) formlos, auch mündlich, erteilt werden (KGJ 46, 208). Ebensowenig ist für die Bindung (§ 130) eine Form vorgeschrieben. Da sie einseitig auf Herbeiführung einer Eintragung gerichtet ist, hat sie dem Grundbuchamte gegenüber (vgl. hierüber § 875 A 10) zu erfolgen. Wenn auch eine Bewilligung gegenüber dem Berechtigten hätte genügend sein sollen, hätte es im Gesetze gesagt sein müssen (str.; a. M. KGJ 46, 208, wo die Bewilligung ohne Begründung gleichgestellt wird einer Aufgabeerklärung nach § 875). Da die Eintragung der Vormerkung „auf Grund" der Eintragungsbewilligung erfolgen soll, ist hier zur Wirksamkeit der Eintragung zu erfordern, daß die Bewilligung der Eintragung vorausgeht; eine nachträgliche Bewilligung macht die Eintragung nicht wirksam (KGJ 46, 208). Formellrechtlich allerdings ist nach §§ 19, 29 Satz 1 GBO zur Vornahme der Eintragung die Erklärung der Bewilligung in einer der Formen des § 29 Satz 1 GBO erforderlich. Jedoch ist, wenn das Grundbuchamt diese Ordnungsvorschrift außer acht gelassen hat, die Eintragung um deswillen nicht unwirksam. — Die Eintragungsbewilligung kann **ersetzt** werden **durch ein Urteil** gegen den Passivbeteiligten nach Maßgabe der §§ 894, 895 ZPO. Für die Klage ist, da es sich lediglich um einen persönlichen Anspruch handelt, der von dem persönlich Verpflichteten zu erfüllen ist, weder der ausschließliche dingliche Gerichtsstand aus § 24 noch der wählbare des § 26 ZPO gegeben (RG 52, 40). Lautet das Urteil auf Bewilligung einer endgültigen Eintragung, so gilt nach § 895 ZPO die Eintragung einer Vormerkung als bewilligt, wenn das Urteil vorläufig vollstreckbar ist. — Über die nach §§ 18 Abs 2, 76 GBO von Amts wegen einzutragenden Vormerkungen vgl. § 883 A 2 „Rechtsgrund".

3. Über die **Notwendigkeit** der **Eintragung** zur Begründung der Vormerkung und über die **Form** der Eintragung, auch über Unschädlichkeit (irrtümlicher) Bezeichnung der Vormerkung als Widerspruch vgl. § 883 A 9. Darüber, daß die Eintragung einer Vormerkung für einen jeweiligen Berechtigten oder für den Berechtigten und dessen Rechtsnachfolger nicht zulässig ist, vgl. § 883 A 2 „Anspruch einer bestimmten Person". — Nach Abs 2 kann bei der Eintragung auf die einstweilige Verfügung (A 1) oder auf die Eintragungsbewilligung, also auch auf das diese ersetzende Urteil (s. A 2), **zur näheren Bezeichnung des Anspruchs Bezug genommen** werden. Die Bestimmung entspricht dem § 874 (vgl. dort A 2—6). Die besondere Vorschrift gegenüber § 874 war geboten, weil die Vormerkung kein „Recht" am Grundstücke im Sinne des § 874 ist (s. § 874 A 1). Außer dem Gegenstande des Anspruchs (z. B. Änderung, Aufhebung des Rechtes) muß im Grundbuche, sei es durch Aufnahme in den Eintragungsvermerk, sei es durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, der Umfang des Anspruchs (s. § 883 A 9) und ferner, um den Anspruch gehörig zu kennzeichnen und die grundbuchlichen Verhältnisse klarzulegen, auch der Grund des Anspruchs angegeben werden, also der Tatumstand, aus dem der zu sichernde An-

spruch entstanden ist oder entstehen soll, in der Weise, daß der Anspruch von anderen Ansprüchen gleichen Inhalts desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner unterschieden werden kann (RG JW 1911, 587[32]; RJA 7, 146; KGJ 37 A 280; 48, 190; 51, 251; vgl. jedoch RG 42, 318; 45, 176). Unter „nähere Bezeichnung des Rechtes" fällt z. B. nicht die Angabe des Vormerkungsberechtigten; dieser muß daher in den Eintragungsvermerk selbst aufgenommen werden (vgl. KGJ 47, 212; § 874 A 4). — Die Vorschriften des § 1115 Abs 1 finden auf Hypothek- oder Grundschuldvormerkungen keine Anwendung, da sie keine hypothekarischen Rechte sind. Es hängt daher die Gültigkeit der Vormerkungen nicht unbedingt von der Aufnahme der dort vorgeschriebenen Angaben in den Eintragungsvermerk ab. Vielmehr kann auch über § 1115 Abs 1 hinaus auf die Grundlagen Bezug genommen werden, sofern die Bezugnahme nur die Grenze der „näheren" Bezeichnung des Anspruchs innehält (str., a. M. OLG 3, 4). Der Forderungsbetrag bei einer Hypothekvormerkung wird allerdings in den Eintragungsvermerk selbst aufzunehmen sein, da eine Bezugnahme hierauf über die bloß „nähere" Bezeichnung hinausgehen würde (vgl. OLG 3, 3; 3, 364). — Das in den Eintragungsvermerk Aufgenommene muß sich mit dem wesentlichen Inhalte der Grundlagen der Eintragung decken. Weicht es hiervon ab derart, daß die wirkliche Rechtslage aus dem Eingetragenen überhaupt nicht erkannt werden kann, so ist die Eintragung unwirksam (RG 53, 414). — Steht die Bedeutung einer Vormerkung in Frage, so darf auch die über die Begründung des Anspruchs sich verhaltende Urkunde zum Zwecke der Auslegung berücksichtigt werden (RG JW 1911, 587[32]; 12. 12. 10 V 86/10). Ist bei einer Hypothek eine Löschungsvormerkung (§ 1179) eingetragen, so kann mit Rücksicht auf den engen Zusammenhang zwischen Hypothek und Vormerkung zwecks Auslegung dieser auch der Inhalt der Hypothekeintragung (z. B. daß die Hypothek eine Baugeldhypothek ist, deren Forderung erst durch Zahlungen an den Grundstückseigentümer je nach Fortschreiten des Baues zur Entstehung gelangen soll) in Betracht gezogen werden (RG JW 1911, 587[32]).

Die **formellrechtlichen Voraussetzungen** für die Vornahme der Eintragung sind hinsichtlich der Grundlagen der Eintragung übereinstimmend mit den materiellrechtlichen Erfordernissen für die Rechtsgültigkeit. Auf Grund einer einstweiligen Verfügung gegen den durch die Eintragung in seinem Rechte Betroffenen oder auf Grund seiner Eintragungsbewilligung hat das Grundbuchamt nach § 19 GBO die Eintragung vorzunehmen. Im Falle einer einstweiligen Verfügung ist vom Grundbuchamte zu prüfen, ob die Vollziehungsfrist noch nicht abgelaufen ist (s. A 1). — Die Eintragungsbewilligung muß die im § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebene Form erfüllen (s. A. 2). — Wird statt der Eintragungsbewilligung ein Urteil gemäß § 894 ZPO beigebracht, so muß die Ausfertigung mit dem Zeugnisse der Rechtskraft versehen sein. Soll auf Grund eines den Betroffenen zur Bewilligung der Eintragung des endgültigen Rechtes verurteilenden, vorläufig vollstreckbaren Urteils gemäß § 895 ZPO der Anspruch auf das Recht vorgemerkt werden, so muß das Urteil mit Vollstreckungsklausel versehen sein (§§ 724, 725, 750 ZPO), da, wenngleich die Eintragung ein grundbuchlicher Akt ist, sich doch das Verfahren zugleich auch als ein Zwangsvollstreckungsakt darstellt (str.; vgl. RG 62, 157; KGJ 26 A 260). Hängt nach dem Urteil die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer Sicherheitsleistung ab, so muß diese aus gleichem Grunde gemäß § 751 Abs 2 ZPO nachgewiesen werden. — Ob der zu sichernde Anspruch rechtsgültig besteht, hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen (s. A 2). — Ferner ist nach § 13 Abs 1 GBO ein Eintragungsantrag erforderlich, der aber nach § 30 GBO keiner Form bedarf. Berechtigt zu dem Antrage ist nach § 13 Abs 2 GBO nicht nur der Gläubiger, sondern, sofern nur die sonstigen urkundlichen Erfordernisse, insbesondere eine formgerechte Eintragungsbewilligung, beigebracht werden, auch der Schuldner. Wenn das eine einstweilige Verfügung anordnende Gericht gemäß § 941 ZPO um Eintragung der Vormerkung ersucht, ersetzt nach § 39 GBO das Ersuchen den Antrag (s. A 1; vgl. auch OLG 7, 368 darüber, daß das Grundbuchamt nicht nachzuprüfen berechtigt ist, ob die den Gegenstand des Ersuchens bildende Eintragung nach materiellem Rechte zulässigerweise angeordnet ist). — Weiter muß nach § 40 Abs 1, sofern nicht einer der Ausnahmefälle des § 41 GBO vorliegt, der Betroffene als der Berechtigte (Eigentümer, Inhaber des betroffenen Rechtes) im Grundbuche eingetragen sein. Soll eine Vormerkung auf ein zum Gesamtgute der ehelichen Gütergemeinschaft gehöriges Grundstück eingetragen werden, so ist, wiewohl materiellrechtlich zur Wirksamkeit der Vormerkung die Eintragungsbewilligung des Mannes (s. A 2) oder eine einstweilige Verfügung gegen ihn allein (vgl. §§ 740, 928 ZPO; RJA 5, 196) genügt, doch nach der Ordnungsvorschrift des § 40 Abs 1 GBO neben der Eintragung des Mannes auch die der Frau als Eigentümer erforderlich, da diese ebenfalls in ihrem Miteigentumsrechte durch die Eintragung betroffen wird (RJA 5, 196; 12, 163). Ferner muß im Falle einer Vormerkung auf Übertragung des Eigentums (Auflassung) gegen den Erben des eingetragenen Eigentümers, der Erbe, bevor die Eintragung der Vormerkung erfolgen kann, als Eigentümer eingetragen sein, wiewohl nach § 41 die Vorschrift des § 40 Abs 1 auf den Erben des eingetragenen Berechtigten keine

Anwendung findet, wenn die Übertragung eines Rechtes eingetragen werden soll; denn bei der Vormerkung handelt es sich nicht um Übertragung eines Rechtes, sondern um Sicherung des persönlichen Anspruchs auf Übertragung (RJA 6, 56). Soll eine Vormerkung (z. B. auf Einräumung einer Hypothek) auf den Anteil eines Miteigentümers eingetragen werden, so müssen nach § 48 in Verbindung mit § 40 Abs 1 GBO die Anteile der Miteigentümer im Grundbuche nach Bruchteilen angegeben sein (RJA 5, 262). — Über die Eintragung, wenn die Vormerkung nur einen (realen) Grundstücksteil betrifft, vgl. § 883 A 9. — Vgl. auch § 14 GBO (Herbeiführung der Eintragung des Berechtigten auf Grund eines vollstreckbaren Titels), §§ 792, 896 ZPO (Beschaffung der erforderlichen Legitimationsurkunden). Wenn bei einem hypothekarischen Rechte eine Vormerkung eingetragen werden soll, bedarf es gemäß den Ordnungsvorschriften (vgl. **RG** 73, 50) §§ 42—44 GBO der Vorlegung der dort bezeichneten Urkunden, insbesondere bei einer Briefhypothek des Briefes (RJA 4, 68; 6, 165; OLG 7, 369). Gemäß §§ 938, 936, 928, 830 ZPO ist erforderlichenfalls die Herausgabe des Hypothekenbriefs seitens des Schuldners an den Gerichtsvollzieher und Vorlegung bei dem Grundbuchamte anzuordnen (OLG 18, 181). Die nur für die Eintragung eines Widerspruchs gegebene Vorschrift des § 896 ist nicht anwendbar; daher ist ein anderer als der Schuldner (z. B. der Hypothekengläubiger, bei dessen Hypothek eine Löschungsvormerkung nach § 1179 eingetragen werden soll) zur Vorlegung des in seinem Besitze befindlichen Briefes nicht verpflichtet, es sei denn, daß eine Verpflichtung hierzu sich aus einem besonderen Rechtsverhältnis ergibt (OLG 3, 98; 18, 181).

Über die Aufhebung der Vormerkung und Löschung der Vormerkungseintragung vgl. § 886 A 2, 3.

§ 886

Steht demjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird[1]), eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird[2]), so kann er von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen[3]).

E II 805; P 3 741 f., 748; 6 222.

1. **Der von der Vormerkung Betroffene,** der die Beseitigung der Vormerkung auf Grund der hier fraglichen Einrede verlangen kann, ist nicht nur derjenige, gegen den die Vormerkung ursprünglich gerichtet war, sondern auch sein Rechtsnachfolger (z. B. im Falle einer Hypothekenvormerkung derjenige, der von dem ursprünglich Verpflichteten das Grundstück erworben hat; vgl. Prot 3, 748). Wenn letzterer die Beseitigung der Vormerkung verlangt, bedarf es nicht der Zuziehung seines Rechtsvorgängers, des aus dem vorgemerkten Anspruch Verpflichteten; selbst wenn dieser bereits rechtskräftig zur Bewilligung der der Vormerkung entsprechenden endgültigen Eintragung verurteilt worden wäre, würde jener durch das Urteil, da es nicht ihm gegenüber ergangen ist und daher seine rechtlichen Befugnisse nicht beeinflussen kann, nicht gehindert sein, seinerseits die Beseitigung der Vormerkung auf Grund der dem persönlich Verpflichteten zustehenden Einreden im Klagewege zu verfolgen (**RG** 53, 33).

2. **Einrede** im prozessualen Sinne ist jedes Anführen, das, ohne die Richtigkeit der Klagetatsachen in Frage zu stellen, dem Klagebegehren auf Grund anderweiter Tatsachen entgegentritt. Dazu gehören auch diejenigen Tatsachen, die ergeben, daß der Anspruch, der Richtigkeit der Klagetatsachen ungeachtet, nicht zur Entstehung gelangt oder daß er zwar entstanden, aber wieder erloschen ist (M 1, 359). Hier aber handelt es sich um eine Einrede im Sinne des materiellen Rechtes. Diese deckt sich nicht mit der prozessualen Einrede. Die zuletzt genannten sog. rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen fallen nicht unter den Begriff der materiellrechtlichen Einreden, da sie mit und durch ihren Eintritt dem Rechte seinen Bestand entziehen (M 1, 359). Wo das BGB von Entgegensetzen solcher Tatsachen spricht, gebraucht es den Ausdruck **„Einwendung"** (vgl. §§ 334, 404, 417, 774, 784, 796, 986 Abs 2, 1344, 1435). Erweist sich der Anspruch zufolge einer solchen Einwendung oder aus sonst einem Grunde als von vornherein nicht entstanden (z. B. weil das den Anspruch begründende Rechtsgeschäft nichtig oder wegen Betrugs, Irrtums mit Erfolg angefochten ist) oder als nach der Entstehung erloschen (z. B. durch Erfüllung), so ist auch die Vormerkung trotz der Eintragung hinfällig (s. § 883 A 2 „rechtsbeständig", A 8 „Aufhebung"). Dem durch die Vormerkung Beeinträchtigten ist dann die Klage auf Löschung der Eintragung gegeben. Eine solche Klage bedarf aber nicht der Stütze durch § 886, da wegen Hinfälligkeit des Anspruchs die Eintragung nichtig ist. Auch § 894 findet auf die Klage nicht Anwendung, da die Vormerkung kein Recht an einem Grundstück **oder**

an einem ein Grundstück belastenden Rechte ist (§ 883 A 8). Vielmehr ist es die Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung des Eigentums oder des Rechtes, gegen das sich die Vormerkung richtet (§§ 1004, 1017, 1027, 1065, 1090 Abs 2), ebenso wie wenn die Vormerkungseintragung als solche etwa, weil die ihr zugrunde liegende einstweilige Verfügung unwirksam ist oder die Eintragungsbewilligung nicht zu Recht besteht (s. § 885 A 1, 2) oder aus sonst einem Grunde nichtig ist. Das dingliche Recht erzeugt vermöge seiner absoluten Natur für den Berechtigten gegen jeden, der sich in einem das Recht beeinträchtigenden Zustande befindet, den Anspruch darauf, daß dieser Zustand beseitigt wird und der Beeinträchtigende die zur Beseitigung notwendige Mitwirkung gewährt (M 3, 236). Im § 894 ist nur für den Fall, daß das Grundbuch hinsichtlich eines dinglichen Rechtes unrichtig ist, der (negatorische) Anspruch besonders geregelt (M a. a. O., § 894 A 5). Allerdings ist § 1004 auf Reallasten und die hypothekarischen Rechte im Gesetz nicht für anwendbar erklärt. Wenn aber ein solches Recht mit einer nichtigen Vormerkung belastet ist (vgl. § 883 A 5), wird meistens auf Grund des schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen dem Inhaber des Rechtes und dem Vormerkungsberechtigten ein schuldrechtlicher Anspruch auf Beseitigung der Vormerkungseintragung gegeben sein. Ist dies nicht der Fall (z. B. zufolge Wechsels der Inhaberschaft), so wird die allgemeine Bestimmung des § 1004, nicht die Sonderbestimmung des § 894 entsprechend anzuwenden sein (str., RG 26, 399; 56, 252; 81, 288; nicht entgegensteht RG Warn 1910 Nr 239, da dort nur allgemein von einem Berichtigungsanspruch als einem Ausfluß des Eigentums gesprochen wird; vgl. jedoch RG Warn 1913 Nr 184, wo § 894 deshalb für anwendbar erachtet wird, weil die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung begründe [s. dazu aber § 892 A 11 Abs 3]; vgl. anderseits RG Gruch 60, 506, worin zwar zunächst erklärt wird, es widerspreche dem Standpunkt des Reichsgerichts, wenn § 894 auf eine zu Unrecht eingetragene Vormerkung für unanwendbar erachtet werde, aber dann die Klage auf Löschung einer bei einer Hypothek eingetragenen Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung der Hypothek wegen Nichtbestehens dieses Anspruchs aus obigen Gründen für gerechtfertigt erklärt wird mit dem Beifügen, es müsse, wenn schon für den Fall des § 886 ein Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung gegeben sei [s. unten], dem Vormerkungsverpflichteten der gleiche Anspruch erst recht in dem Falle zustehen, daß der gesicherte Anspruch gar nicht bestehe; a. M. Güthe in Gruch 57, 10 ff., der in allen genannten Fällen § 894 entsprechend anwenden will). Die Klage aus § 1004 steht nicht nur demjenigen zu, gegen dessen Recht ursprünglich der Anspruch vorgemerkt worden ist, sondern auch seinem Rechtsnachfolger sowie demjenigen, dem ein Recht an dem Rechte eingeräumt worden ist, das bei Bestehen der Vormerkung dem Vormerkungsberechtigten gegenüber nach § 883 Abs 2 unwirksam sein würde (z. B. im Falle des vorgemerkten Anspruchs auf Aufhebung einer Hypothek auch demjenigen, dem die Hypothek verpfändet worden ist), da auch diese durch die Eintragung beeinträchtigt sind. Anderseits ist die Klage, da sie dinglicher Natur ist, auch gegen den Rechtsnachfolger des Vormerkungsberechtigten gegeben, da er den Anspruch mit der Vormerkung nur so erwirbt, wie er besteht, also mit allen anhaftenden Einwendungen. — Die materiellrechtliche Einrede dagegen gründet sich auf einen Umstand, der einen Anspruch nicht von Rechts wegen in seiner Entstehung hindert oder wieder aufhebt, sondern dem Verpflichteten nur die Möglichkeit gewährt, die Befriedigung des an und für sich begründeten Anspruchs, sei es zur Zeit oder der Person nach (verzögerliche Einreden), sei es für immer (rechtszerstörende Einreden), ablehnen zu dürfen (M 1, 359). § 886 gibt nur auf Grund einer die **Geltendmachung des vorgemerkten Anspruchs dauernd ausschließenden Einrede** (rechtszerstörende Einrede) die Klage auf Beseitigung der Vormerkung (RG 53, 33; 65, 262; 81, 288; vgl. § 1169). Die Notwendigkeit, den Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung für diesen Fall besonders vorzusehen, ergab sich daraus, daß eine Einrede, wodurch die Geltendmachung eines gewissen Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, diesen Anspruch an und für sich unberührt läßt (RG Gruch 60, 506). Als solche Einreden kommen hier besonders in Betracht die Einrede: der Verjährung (§ 222 Abs 1, vgl. RG 81, 288; JW 08, 235[6]), des Eingehens einer Verbindlichkeit ohne Rechtsgrund (§ 821), des Erlangens einer Forderung durch eine unerlaubte Handlung (§ 853) sowie die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache. Wiewohl der Anspruch an sich bestehen bleibt, wird doch die Klage auf Beseitigung in § 886 gewährt, weil der mit einer rechtszerstörenden Einrede behaftete Anspruch wirtschaftlich einem nicht bestehenden Anspruche gleichkommt.

3. **Die Beseitigung der Vormerkung**, die von dem durch die Eintragung Betroffenen verlangt werden kann (s. A 2 a. E.), umfaßt alle Maßnahmen, die zur Herbeiführung der Löschung erforderlich sind, also nicht nur die Bewilligung der Löschung (wie im Falle der Berichtigung des Grundbuchs nach § 894), sondern auch die Antragstellung. Ist eine Hypothekvormerkung zu beseitigen, so bedarf es nicht der Zustimmung des Eigentümers nach § 1183 BGB, § 27 GBO, da die Vormerkung nicht zur Eigentümerhypothek wird (s. § 883 A 8 „Hypothekvormerkung", KGJ 25 A 170). Die Klage ist ebenso, wie wenn der Anspruch nicht besteht (s. A 2),

dinglicher Natur und sowohl für wie gegen den Rechtsnachfolger gegeben. Im Konkurse des bisherigen Gläubigers hat der Anspruch die Natur eines Aussonderungsanspruchs (§ 43 KO), so daß er auch vom Konkursverwalter zu erfüllen ist. — Die Beseitigung der Vormerkung erfolgt, wenn der Vormerkungsberechtigte die Löschungsbewilligung erteilt und die Löschung der Eintragung (§ 47 GBO; vgl. KGJ 40 B 355) bewirkt wird. Die Bewilligung wird durch ein rechtskräftiges Urteil auf Bewilligung gemäß § 894 ZPO ersetzt. Ist die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils (§ 895 ZPO) eingetragen, so kann die Löschung auf Grund einer die einstweilige Verfügung oder das Urteil aufhebenden vollstreckbaren Entscheidung erfolgen (**RG** 81, 288), und zwar auch formellrechtlich nach § 25 GBO auf Antrag (§§ 13, 30 GBO) des von der Vormerkungseintragung Betroffenen (KGJ 41, 220; vgl. 20 A 77; 22 A 136). Dem Grundbuchamte muß vollstreckbare Ausfertigung der Entscheidung (§§ 724, 725 ZPO) vorgelegt werden, da die Löschung ein Akt der Zwangsvollstreckung ist (OLG 3, 4). Sachlich (materiell) erlischt die Vormerkung, wie aus §§ 868, 928, 932 Abs 2, 936 ZPO und § 25 GBO zu entnehmen ist, bereits mit der Erlassung der Entscheidung (KGJ 41 A 223). Sie kann daher, auch wenn sie noch nicht gelöscht worden ist, nicht mehr für das durch sie gesicherte Recht umgeschrieben werden (KGJ 41, 220; vgl. § 885 A 1), und, wenn doch (unzulässigerweise) die Umschreibung erfolgt ist, erhielt das Recht nicht den Rang, der sich sonst nach § 883 Abs 2 aus der Vormerkungseintragung ergeben würde (KGJ 41, 220). — Ist eine Ehefrau Vormerkungsberechtigte, so bedarf es beim gesetzlichen Güterstande eines Urteils gegen beide Eheleute nach Maßgabe des § 739 ZPO (OLG 3, 5), während beim Güterstande der Gütergemeinschaft gemäß § 740 ZPO ein Urteil gegen den Ehemann allein erforderlich und genügend ist. Wenn in der einstweiligen Verfügung eine Anordnung bezüglich Aufhebung gegen Hinterlegung gemäß §§ 923, 936 ZPO getroffen worden ist, so kann die Löschung auf Grund eines die einstweilige Verfügung nach Hinterlegung aufhebenden Beschlusses gemäß § 934 ZPO erfolgen. Jedoch ist nach dem Zwecke der Vormerkung, Sicherung für den Anspruch auf das endgültige Recht zu gewähren, und, da § 923 nach § 936 ZPO auf die einstweilige Verfügung nur entsprechend zur Anwendung zu bringen ist, eine solche Anordnung nur dann für zulässig zu erachten, wenn das Recht, auf dessen Erwerb, Aufhebung oder Änderung die Vormerkung gerichtet ist, eine Geldleistung aus dem Grundstücke zum Ziele hat (z. B. eine Hypothek ist), nicht dagegen, wenn durch das Recht eine Individualleistung erlangt werden soll (wie z. B. bei der Auflassungsvormerkung), da hier die Hinterlegung von Geld die Sicherung der Leistung nicht ersetzen kann (str., vgl. **RG** 55, 140).

In den sonstigen Fällen, in denen eine Vormerkungseintragung von vornherein nichtig ist oder nichtig wird (s. A 2, auch § 885 A 1, 2), ist formellrechtlich § 22 GBO, wiewohl es sich nicht um Berichtigung des Grundbuchs im Sinne dieser Vorschrift und des § 894 BGB handelt (s. A 2), doch entsprechend anwendbar, weil der im § 22 GBO bezüglich dinglicher Rechte zugelassene Weg der Eintragungsbeseitigung auch auf die schwächer wirkende Vormerkungsberechtigung anzuwenden zulässig sein muß (RJA 11, 60; KGJ 32 B 16; auch 40 B 355). Formellrechtlich kann also durch einen dem Grundbuchamt zu erbringenden gehörigen Nachweis der Nichtigkeit die Löschung der Vormerkungseintragung herbeigeführt werden. — Über Aufhebung einer Vormerkung zufolge Aufgebots trifft § 887 Bestimmung. — Von Amts wegen können die nach §§ 18 Abs 2, 76 GBO erlassenen Vormerkungen gelöscht werden. Jedoch fallen diese Vormerkungen nicht unter die §§ 883ff. (s. § 883 A 2 „Rechtsgrund"). — Auch wenn die Vormerkung wegen Fehlens der materiellrechtlich erforderlichen Grundlagen zu Unrecht gelöscht worden ist, erlischt sie, da sie ohne Eintragung nicht bestehen kann. Deshalb ist das Grundbuch infolge der Löschung nicht unrichtig, da die Vormerkung nicht außerhalb des Grundbuchs besteht, und ist ein Berichtigungsanspruch nicht gegeben, ganz abgesehen davon, daß § 894 schon deshalb nicht zutrifft, weil die Vormerkung kein Recht ist (KGJ 43, 214 [RJA 12, 170]; vgl. RJA 12, 75). Der Vormerkungsberechtigte muß auf Grund des Schuldverhältnisses gegen den Verpflichteten die Wiedereintragung betreiben. Derjenige, der in der Zwischenzeit das Recht, gegen das die Vormerkung gerichtet ist, erworben hat, ist in seinem Erwerbe geschützt, selbst wenn er von der unrechtmäßigen Löschung Kenntnis hat, insbesondere ist auch eine Bereicherungsklage gemäß §§ 812ff. gegen ihn nicht gegeben, da die Kenntnis von dem persönlichen Anspruch auf Wiedereintragung der Vormerkung den Erwerb des entgegenstehenden dinglichen Rechtes nicht hinderte, also der Erwerber sein Recht nicht ohne rechtlichen Grund erlangt hat (str., vgl. **RG** 57, 283). Nur ein Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung kann dem Vormerkungsberechtigten unter Umständen gegen den Erwerber zustehen (vgl. **RG** 57, 282). — Kann das Recht, auf dessen Eintragung der vorgemerkte Anspruch nach früherem Rechte gerichtet war, nach dem jetzt geltenden Rechte nicht mehr eingetragen werden (z. B. eine Antichrese), so wird die Vormerkung gegenstandslos und löschungsreif (**RG** 48, 61; 53, 415; JW 03 Beil 116).

§ 887

Ist der Gläubiger, dessen Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, unbekannt[1]), so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden[2]), wenn die im § 1170 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen[3]). Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt die Wirkung der Vormerkung[4]).

E II 805; P 3 742, 748.

1. **Unbekannt ist der Gläubiger,** wenn nicht bekannt ist, ob der Eingetragene oder sein bekannter Rechtsnachfolger noch lebt oder wer sein Erbe ist, sowie auch, wenn der als Gläubiger Auftretende sein Verfügungsrecht nicht in der für das Grundbuchverfahren erforderlichen Form nachweisen kann (M 3, 739; RG 67, 99; RJA 6, 145). Unbekanntheit lediglich des Aufenthaltsorts des der Person nach bekannten Gläubigers genügt nicht, da dann nicht „der Gläubiger unbekannt" ist (str.). Gegen einen solchen Gläubiger ist auf Löschung zu klagen, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, und die Klage gemäß §§ 203ff. ZPO öffentlich zuzustellen.

2. Das **Aufgebotsverfahren** erfolgt nach den Vorschriften der ZPO §§ 946ff., 988, 1024 (allgemeine Vorschriften für alle Aufgebote und besondere Vorschriften für die Vormerkungen). Antragsberechtigt ist der Eigentümer des Grundstücks oder der Inhaber des Rechtes am Grundstücke, in Ansehung dessen der Anspruch vorgemerkt ist (§§ 988, 984 ZPO), sowie derjenige, der auf Grund eines im Range gleich- oder nachstehenden Rechtes Befriedigung aus dem Grundstücke verlangen kann, sofern er für seinen Anspruch einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat (§ 988 Abs 2 Satz 1 ZPO).

3. Die **im § 1170 bestimmten Voraussetzungen** sind: Ablauf von zehn Jahren seit der letzten die Vormerkung betreffenden Eintragung, d. i. seit der ursprünglichen Eintragung oder, wenn ihr spätere nachgefolgt sind (z. B. Übertragung des vorgemerkten Anspruchs auf einen neuen Gläubiger), seit der letzten; und Nichtvorliegen eines, sei es auch nur stillschweigend (z. B. durch Abschlagszahlung, Zinszahlung) erfolgten Anerkenntnisses im Sinne des § 208 bezüglich des vorgemerkten Anspruchs seitens des Schuldners dem Berechtigten gegenüber innerhalb dieser Frist. Bei Ansprüchen mit kalendermäßig bestimmter Zahlungszeit beginnt nach § 1170 Abs 1 Satz 2 die Frist nicht vor dem Ablaufe des Zahlungstags. Ist die Entstehung des Anspruchs an eine aufschiebende Bedingung oder einen Anfangstermin geknüpft (§§ 158 Abs 1, 163), so kann die Frist erst mit dem Eintritte der Bedingung oder des Anfangstermins beginnen, da vorher ein Gläubigerrecht nicht ausgeübt werden kann (str.). Nach einem etwaigen Anerkenntnisse innerhalb der Frist beginnt eine neue Frist.

4. Die **Wirkung der Vormerkung erlischt** mit der Erlassung des Ausschlußurteils. Der gesicherte Anspruch wird dadurch nicht berührt. — Die Löschung erfolgt auf Antrag (§§ 13, 30 GBO) auf Grund des Urteils. Jedoch muß das Urteil ohne Vorbehalt erlassen sein. Hat sich jemand als Gläubiger gemeldet und ist ihm gemäß § 953 ZPO das angemeldete Recht vorbehalten, so ist er noch nicht ausgeschlossen. Deshalb hat ein solches Urteil für sich allein die Wirkung des Satz 2 nicht, da hier vorausgesetzt ist, daß alle diejenigen, die als Gläubiger in Betracht kommen können, ausgeschlossen worden sind. Erst wenn der Vorbehalt vom Antragsteller rechtswirksam beseitigt ist (z. B. durch Verzicht des Anmeldenden oder durch seine rechtskräftige Verurteilung zur Verzichtserklärung), tritt die Wirkung des Satz 2 ein (vgl. RG 67, 95; RJA 6, 145; KGJ 33 A 210). — Eine Hypothekvormerkung geht nicht, wie nach § 1170 Abs 2 die Hypothek, infolge des Erlöschens auf den Eigentümer über, da die Grundsätze von der Eigentümerhypothek nicht für Hypothekvormerkungen gelten (s. § 883 A 8 „Hypothekvormerkung") und im § 887 nur hinsichtlich der Voraussetzungen für die Ausschließung § 1170 für anwendbar erklärt ist. — Formellrechtlich erfolgt die Löschung auf Grund einer Ausfertigung des Urteils gemäß §§ 13, 22 GBO (vgl. § 886 A 3 Abs 2). — Dem § 887 ähnliche Vorschriften enthalten die §§ 1104, 1112, 1269.

§ 888

Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen[1]), die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist[2]).

Das gleiche gilt, wenn der Anspruch durch ein Veräußerungsverbot gesichert ist[3]).

E II 806; P 3 743, 746.

1. Darüber, inwieweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, vgl. § 883 A 11, 12, 13. **Zustimmung zu der** zur Verwirklichung des gesicherten Anspruchs erforderlichen **Eintragung oder Löschung kann der Vormerkungsberechtigte** (B) **von dem Erwerber** (E) **verlangen,** der nach der Vormerkungseintragung von dem Vormerkungsschuldner (S) das Recht, gegen das die Vormerkung gerichtet ist, erworben hat. Zustimmung ist nach §§ 183, 184 vorherige Einwilligung oder nachträgliche Genehmigung. B kann also nach seiner Wahl E entweder darauf in Anspruch nehmen, daß er vorher seine Einwilligung, oder darauf, daß er nachträglich seine Genehmigung zu der Eintragung oder der Löschung erteilt. — Dasjenige, was sonst zur Vornahme der Eintragung oder der Löschung erforderlich ist, hat S zu verschaffen. Denn er ist trotz der Veräußerung des Rechtes an E zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs durch diejenige endgültige Eintragung oder Löschung, die der Anspruch zum Ziele hatte, persönlich verpflichtet, und zwar ausschließlich. Durch den Erwerb ist nicht etwa die persönliche Verpflichtung des S auf E übergegangen oder eine neue persönliche Verpflichtung des E neben der des S begründet worden. Vielmehr liegt dem E nur, weil sein Erwerb gemäß § 883 Abs 2 dem B gegenüber unwirksam ist, die Verpflichtung zur Einwilligung oder Genehmigung bezüglich der den Anspruch verwirklichenden Eintragung oder Löschung ob (Prot 3, 746; RG 53, 28; 78, 73; OLG 4, 237). Besteht daher die Veräußerung des S an E darin, daß **das eingetragene Recht** oder das Recht an einem solchen Rechte **völlig auf E übertragen** worden ist, so ist S, wiewohl er nicht mehr Inhaber des Rechtes ist, dennoch allein zur Abgabe der zur Herbeiführung der Eintragung oder der Löschung erforderlichen Erklärungen verpflichtet. Er verfügt dann als ein Nichtberechtigter über das Recht. Erteilt aber E die ihm obliegende Einwilligung oder Genehmigung, so ist oder wird gemäß § 185 Abs 1, 2 die Verfügung wirksam (vgl. KGJ 51, 196). Besteht die Veräußerung nur darin, daß **S das Recht mit einem Rechte zugunsten des E belastet** hat, so ist S Inhaber des Rechtes geblieben und in der Regel auch noch zur Verfügung über das Recht als solches unbeschränkt befugt (vgl. § 876 A 2). Zur Aufhebung des Rechtes (an einem Grundstücke) oder zur Änderung des Inhalts aber bedarf S gemäß §§ 876, 877 der Zustimmung des E. Ist deshalb die Vormerkung auf Aufhebung oder auf Änderung des Inhalts des Rechtes des S gerichtet, so muß zur Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs an S die Aufgabeerklärung des § 875 oder die Änderungserklärung des § 877 und von E die Zustimmungserklärung des § 876 oder die des § 877 abgegeben werden. Im übrigen ist zu unterscheiden, ob die Vormerkung des B auf Übertragung oder nur auf Belastung des Rechtes des S gerichtet ist. Im ersteren Falle kommt eine Zustimmung des E zu der den Anspruch verwirklichenden Eintragung, wenn für ihn eine Belastung des Rechtes des S erfolgt ist, nicht in Frage; B erlangt die Eintragung als Inhaber des Rechtes auf Grund der Übertragungserklärung des noch legitimierten S. Jedoch muß E sein das Recht belastendes Recht zur Löschung bringen, da es dem B gegenüber nach § 883 Abs 2 unwirksam ist, und B kann nötigenfalls mit der negatorischen Klage (vgl. §§ 1004, 1017, 1027, 1065, 1090 Abs 2) die Verurteilung des E zur Löschung der sein Recht beeinträchtigenden Belastung verfolgen (str.). Ist die Vormerkung des B auf Belastung des Rechtes des S gerichtet, so bedarf es der Beseitigung der weiteren Belastung zugunsten des E überhaupt nicht und mithin auch nicht der Abgabe einer zustimmenden oder sonstigen Erklärung des E; denn die Eintragung der endgültigen Belastung zugunsten des B hat auf Grund der Eintragungsbewilligung des S als des Inhabers des zu belastenden Rechtes zu erfolgen und die so eingetragene endgültige Belastung hat nach § 883 Abs 3 ohne weiteres den Vorrang vor der späteren Belastung zugunsten des E (str.). Danach kommt in den zuletzt genannten beiden Fällen § 888 gar nicht zur Anwendung, weil es einer Zustimmung des E zu der den Anspruch des B verwirklichenden Eintragung überhaupt nicht bedarf (str.).

Das Vorerörterte mögen folgende **Beispiele** verdeutlichen:

a) Für B ist auf dem Grundstücke des S eine Auflassungsvormerkung eingetragen worden. S überträgt trotzdem das Grundstück an E. Dann muß S mit B die Einigung über die Übertragung des Eigentums (Auflassung) an B gemäß § 925 erklären und E muß hierzu die vorherige Einwilligung oder die nachträgliche Genehmigung gemäß § 182 erteilen (KGJ 51, 196; vgl. über Entgegennahme der Auflassungserklärung eines Nichtberechtigten und Zulässigkeit auch nachträglicher Genehmigung des Berechtigten, der bei der Auflassung nicht zugegen zu sein braucht, § 925 A 7; vgl. ferner RG Warn 1919 Nr 95: wegen dieser Wirkung ist der Grundstücksverkäufer dem Käufer gegenüber nach §§ 433, 434 zur Herbeiführung der Löschung einer eingetragenen Auflassungsvormerkung verpflichtet). Ist der Anspruch gegen S auf Auflassung an B oder an einen von diesem zu benennenden Dritten gerichtet und läßt B an den von ihm ausgewählten Dritten auf, so genügt die Zustimmung des E zu dieser Auflassung, da letztere dadurch wirksam wird; einer

Mitwirkung des S bedarf es nicht, er muß nur dulden, daß auf diese Weise die ihm obliegende Auflassungsverpflichtung erfüllt wird (vgl. KGJ 51, 196). Hat in der Zwischenzeit S oder nach der Auflassung an E dieser auch noch eine Hypothek für F bestellt, so ist die Zustimmung des F zu der Auflassung an B nicht erforderlich. B kann aber zunächst auf Grund des Rechtsverhältnisses, aus dem der vorgemerkte Anspruch entspringt, von S Wegschaffung der Hypothek des F verlangen; nicht auch von E, selbst wenn er der Besteller der Hypothek ist, da ihm gegenüber ein persönlicher Anspruch des B nicht besteht. B kann jedoch auch F selbst auf Löschung der Hypothek in Anspruch nehmen, da die Hypothek ihm gegenüber unwirksam ist. Ohne freiwillige oder durch Urteil gemäß § 894 ZPO ersetzte Löschungsbewilligung des F kann aber die Löschung nicht erfolgen. Die Hypothek des F ist nicht nichtig, sondern sie ist nur unwirksam dem B gegenüber, wenn dieser die Unwirksamkeit geltend macht. Deshalb ist das Grundbuch nicht hinsichtlich der Hypothekeintragung unrichtig im Sinne des § 894 und daher kann nicht etwa lediglich auf Grund der Tatsachen, daß B nunmehr Eigentümer des Grundstücks und die Hypothek des F nach der Auflassungsvormerkung des B eingetragen worden ist, die Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 Abs 1 GBO erfolgen. Vielmehr ist die materiellrechtlich ein Anerkenntnis der Unwirksamkeit enthaltende freiwillige oder im Wege der negatorischen Klage (s. oben) unter Feststellung der Unwirksamkeit erzwungene Löschungsbewilligung des F, der formellrechtlich der Passivbeteiligte im Sinne des § 19 GBO ist, zur Löschung erforderlich (str.; vgl. OLG 5, 296). Dabei ist zugleich zu bemerken, daß die Hypothek zufolge der auf der genannten materiellrechtlichen Grundlage erteilten Löschungsbewilligung nicht etwa zu einer Eigentümerhypothek, sei es des S oder des E oder des B, wird; denn die hypothekarische Eintragung selbst ist unwirksam.

b) Für B ist eine Hypothekvormerkung auf dem Grundstücke des S eingetragen worden. S veräußert das Grundstück an E. Dann muß S, wiewohl ihm das Grundstück nicht mehr gehört, also als Nichtberechtigter, die Eintragung der endgültigen Hypothek für B bewilligen und muß E als Eigentümer des zu belastenden Grundstücks durch seine Zustimmung zu der Hypothekeintragung der Bewilligung des S Wirksamkeit verleihen (vgl. **RG** 78, 73). Hat S dagegen das Grundstück nur weiter belastet, z. B. mit einer Hypothek, zugunsten des E, so bedarf es zu der endgültigen Eintragung der Hypothek für B lediglich der Bewilligung des S, nicht auch der Zustimmung des E, da die Hypothek des B ohne weiteres den Rang vor der Hypothek des E hat.

c) Ist die Vormerkung des B auf Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke (z. B. einer Hypothek) gerichtet und hat S trotzdem das Recht auf E übertragen oder zugunsten des E mit einem Rechte belastet (z. B. verpfändet), so muß S die Aufgabe gemäß § 875 erklären und E im Falle der Übertragung durch die von ihm als Inhaber des Rechtes erteilte Zustimmung die Erklärung des S wirksam machen und im Falle der Belastung seine Zustimmung zu der Aufhebung gemäß § 876 erklären (vgl. **RG** 93, 118).

In den Fällen, in denen E durch seine Zustimmung der Eintragungserklärung des nicht mehr verfügungsberechtigten S die Wirksamkeit verleiht (wie z. B. wenn ihm das Grundstück übertragen ist), kann E auch selbst die Eintragung des Rechtes für B bewilligen (z. B. im Falle der Auflassungsvormerkung dem B die Auflassung erteilen), da er durch seine Eintragung als Inhaber des Rechtes dem Grundbuchamte gegenüber formell legitimiert ist und er durch die Herbeiführung der Eintragung des Rechtes (z. B. des Eigentums am Grundstücke) für B die dem S obliegende Verpflichtung gemäß § 267 Abs 1 erfüllt (str.; KGJ 51, 196). Eine Verpflichtung des E dazu besteht jedoch dem B gegenüber nicht (KGJ 51, 196).

Die Einwilligung oder Genehmigung des E, soweit sie erforderlich ist, kann ebenso wie die betreffende Eintragungsbewilligung oder Aufgabeerklärung des S gemäß § 894 ZPO **durch rechtskräftiges Urteil ersetzt** werden. Der Anspruch gegen S und der gegen E sind selbständige, voneinander unabhängige Ansprüche. Der erstere beruht auf einem den vorgemerkten Anspruch begründenden Schuldverhältnisse zwischen B und S, der letztere hat zum Rechtsgrunde die Tatsache, daß E ein den vorgemerkten Anspruch des B vereitelndes oder beeinträchtigendes und daher gegenüber B unwirksames Recht erworben hat. — Zur Begründung beider Ansprüche aber gehört, daß der vorgemerkte Anspruch wirklich besteht. Nur unter dieser Voraussetzung ist auch das Recht des E gegenüber B unwirksam. Deshalb und ferner, weil beide Ansprüche auf die Herbeiführung der nämlichen Eintragung oder Löschung gerichtet sind, können S und E, wenn B die Ansprüche im Klagewege verfolgt, gemäß § 60 ZPO als Streitgenossen verklagt werden (str.). — Jedoch kann B auch jeden der beiden für sich allein verklagen. Dabei hat er die Wahl, welchen von beiden er zuerst verklagen will. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß er zunächst ein rechtskräftiges Urteil gegen S auf Bewilligung der betreffenden Eintragung oder Löschung erstreitet und dann erst auf Grund dieses Urteils Klage gegen E auf Genehmigung erhebt. Vielmehr kann B auch schon

bevor er gegen S im Klagewege vorgegangen ist, gegen E auf Einwilligung in die Eintragung oder Löschung klagen (str.; vgl. RG 53, 35; 78, 73). Ein Urteil, wodurch S zur Eintragungsbewilligung oder zur Aufgabeerklärung rechtskräftig verurteilt ist, ist nicht gegen E wirksam, da es nicht ihm gegenüber ergangen ist (RG 53, 34; 62, 377). Vielmehr muß die gegen ihn erhobene Klage selbständig gerechtfertigt, insbesondere muß auch ihm gegenüber das Bestehen des vorgemerkten Anspruchs besonders dargetan werden. Selbst eine von S bereits erteilte Eintragungsbewilligung oder abgegebene Aufgabeerklärung ist nicht unbedingt gegenüber E maßgebend, z. B. nicht im Falle der Simulation oder Kollusion (vgl. RG 36, 249; JW 98, 209[31]; a. M. OLG 4, 238). Jedoch wird in der Regel darin eine Bestätigung des Bestehens des vorgemerkten Anspruchs zu erblicken sein. Auch wird aus einem rechtskräftigen Urteil gegen S regelmäßig zu entnehmen sein, daß der vorgemerkte Anspruch tatsächlich besteht. — Abgesehen hiervon folgt aus vorstehendem zunächst von selbst, daß E, ebenso wie S, alle auf rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen gestützten Einwendungen (s. § 886 A 2) geltend machen kann, aus denen sich ergibt, daß der vorgemerkte Anspruch in Wirklichkeit nicht zur Entstehung gelangt, oder daß er zwar entstanden, aber wieder erloschen ist. Aber auch die Geltendmachung der rechtszerstörenden Einreden des § 886 (s. § 886 A 2) steht dem E zu, da er als Rechtsnachfolger des S in dem von ihm erworbenen Rechte durch die Vormerkung betroffen wird und er daher nach § 886 Beseitigung der Vormerkung verlangen kann (RG 53, 33). Ist B mit seiner Klage gegen S rechtskräftig abgewiesen, so ist auch die Klage gegen E hinfällig, da dann für eine Zustimmung des E kein Raum mehr ist, überdies dem E auch in diesem Falle eine Einrede im Sinne des § 886 zusteht (s. § 886 A 2). — Sonst aber hat ein Urteil gegen S auch dann, wenn zur Zeit der Veräußerung an E der Anspruch gegen S bereits rechtshängig war (wenn z. B. die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen war und die Hauptsache hinsichtlich des Anspruchs auf endgültige Eintragung oder Löschung bereits schwebte), gegenüber E keine Wirksamkeit, da das von der Vormerkung betroffene Grundstück oder Recht in Anbetracht der persönlichen Natur der Klage nicht in Streit befangen ist und daher die §§ 265, 266, 325, 727 ZPO keine Anwendung finden (str.). Veräußert aber E zu einer Zeit, in der die Klage des B aus § 888 gegen ihn rechtshängig ist, weiter an F, so wirkt das Urteil auch gegenüber diesem, wenn die Rechtshängigkeit ihm bekannt oder im Grundbuche eingetragen war; denn, soweit die Vormerkung eine den vorgemerkten Anspruch vereitelnde oder beeinträchtigende Verfügung unwirksam macht, hat sie und somit auch die Klage daraus dingliche Wirkung, so daß hier das von E erworbene Grundstück oder Recht in Streit befangen ist.

Nach allen erörterten Richtungen macht es nach § 883 Abs 2 keinen Unterschied, ob der Erwerb des E auf freiwilliger Verfügung des S beruht oder im Wege der Zwangsvollstreckung (z. B. durch Eintragung einer Zwangshypothek, s. auch § 883 A 12) oder der Arrestvollziehung oder von dem Verwalter des etwa inzwischen über das Vermögen des S eröffneten Konkurses (s. § 883 A 13) erlangt ist.

Eine Aufhebung und Löschung des von der Vormerkung betroffenen Rechtes seitens des S kommt für eine Anwendung des § 888 nicht in Betracht. Zunächst bedarf die Aufhebung der Zustimmung des B (s. § 883 A 11 „Verfügungsbeschränkung"). Ist aber die Löschung der Vormerkung, sei es auch versehentlich, ohne Zustimmung des B erfolgt, so ist die Vormerkung erloschen und ist ein Erwerb des E, der unwirksam wäre, wenn die Vormerkung bestände, selbst dann wirksam, wenn er von der Unrechtmäßigkeit der Löschung Kenntnis hatte (s. § 886 A 3 „zu Unrecht gelöscht").

2. Zur **Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs** ist materiellrechtlich, wenn der hinsichtlich des Anspruchs persönlich Verpflichtete noch Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechtes ist, von diesem die zur Rechtsänderung (§§ 873 Abs 1, 877, 880) oder zur Rechtsaufhebung (§ 875) erforderliche Erklärung abzugeben und die endgültige Eintragung des der Vormerkung entsprechenden Rechtes für den Vormerkungsberechtigten oder die endgültige Löschung des Rechtes, auf dessen Aufhebung die Vormerkung gerichtet ist, zu bewilligen. Formellrechtlich ist zur Vornahme der Einschreibung nach §§ 19, 29 GBO erforderlich, daß die Bewilligung in der Form des § 29 Satz 1 GBO erklärt wird. Die formgerechte Bewilligung wird gemäß § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil ersetzt, das namentlich dann ergehen wird, wenn die Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragen ist und demnächst die Hauptsache durch ein Urteil auf Herbeiführung der Bestellung oder der Aufhebung des Rechtes abgeschlossen wird. Das Urteil muß aber auf Bewilligung der Eintragung lauten. Z. B. genügt bei einer Hypothekvormerkung eine Verurteilung zur Zahlung nicht (KGJ 36 A 253). Ist im Falle einer Hypothekvormerkung weder aus dem Eintragungsvermerk noch aus seinen Unterlagen etwas über die Art der zu bestellenden Hypothek zu entnehmen, so kann Umschreibung der Vormerkung in eine Verkehrshypothek, und zwar eine Briefhypothek, verlangt werden, da die Verkehrshypothek und die Briefhypothek die Regel (vgl. § 1116 A 2), die Buchhypothek und die Sicherungshypothek (vgl. § 1184) die Ausnahme sind (RG Gruch 58, 1021). Auf formlosen (§ 30 GBO)

Antrag (§ 13 Abs 1 GBO) eines der Beteiligten (§ 13 Abs 2 GBO) unter Vorlegung der Eintragungsbewilligung oder des mit Rechtskraftzeugnis versehenen Urteils wird die betreffende Einschreibung vorgenommen. Handelt es sich um Übertragung des Eigentums, so hat Auflassung gemäß § 925 BGB, § 20 GBO zu erfolgen. — In den Fällen des § 888 hat der persönlich Verpflichtete die nämlichen Erklärungen abzugeben (s. A 1). Die außerdem erforderliche Zustimmung des Erwerbers bedarf materiellrechtlich (§ 182 Abs 2) keiner Form. Sie kann nach § 182 Abs 1 sowohl gegenüber dem persönlich Verpflichteten, als auch gegenüber dem Vormerkungsberechtigten erklärt werden. Formellrechtlich aber bedarf sie nach §§ 19, 29 GBO ebenfalls der in § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebenen Form. Sie kann gleichfalls durch rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 ZPO ersetzt werden. Darüber, daß auch der Verwalter des Konkurses über das Vermögen des persönlich Verpflichteten den vorgemerkten Anspruch erfüllen muß, vgl. § 883 A 13. — Auf eine nach § 18 GBO eingetragene Vormerkung findet § 888 keine Anwendung. Das Grundbuchamt hat nach Behebung des der beantragten Eintragung entgegenstehenden Hindernisses die Eintragung vorzunehmen, ohne daß es der Einwilligung eines Erwerbers bedarf (RG 62, 375; § 883 A 2 „Rechtsgrund").

3. Über gleichartige Wirkungen, anderseits die Unterschiede von **Veräußerungsverboten** (s. § 878 A 3 Abs. 2) und Vormerkungen vgl. § 883 A 11, 12, 13. — Auf Grund des § 888 Abs 2 kann z. B. der aus einem gesetzlichen oder richterlichen (z. B. durch einstweilige Verfügung angeordneten) Veräußerungsverbote (§§ 135, 136) Berechtigte, wenn das durch das Verbot betroffene Grundstück veräußert wird, ebenso wie bei einer Auflassungsvormerkung (s. A 1a), die Zustimmung zur Auflassung an ihn verlangen (vgl. OLG 5, 143). Jedoch steht dem Erwerber der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zur Seite, wenn das Verbot nicht eingetragen und ihm auch nicht bekannt gewesen ist (§§ 135 Abs 2, 136, 892 Abs 1 Satz 2). Für rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote (§ 137) gilt die Vorschrift des Abs 2 nicht.

§ 889

Ein Recht an einem fremden Grundstück[1]) erlischt nicht dadurch, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt[2]).

E I 835 II 807; M 3 201 ff.; P 3 73.

1. Nur auf **Rechte an fremden Grundstücken,** also auf Erbbaurechte, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrechte, Reallasten, hypothekarische Rechte (s. § 873 A 6), findet § 889 Anwendung. Für die hypothekarischen Rechte gelten ferner hinsichtlich des Nichterlöschens durch Konfusion oder Konsolidation besondere Regeln (§§ 1163, 1177, 1178). Die ein Grundstück betreffenden Vormerkungen fallen, weil sie keine Rechte am Grundstücke sind, nicht unter § 889 (s. § 883 A 8 „Aufhebung der Vormerkung"; OLG 6, 123). Ebensowenig Rechte an den genannten Rechten oder Rechte an beweglichen Sachen. Diese erlöschen in der Regel bei ihrem Zusammentreffen mit dem Eigentum in einer Person; so der Nießbrauch und das Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten (§§ 1063, 1072, 1256, 1273, 1291). Anders verhält es sich, wenn der Eigentümer eines Grundstücks den Nießbrauch an einer auf dem Grundstück eingetragenen, verzinslichen Hypothek erlangt. Dann erlischt das Zinsrecht nicht deswegen, weil die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Zinsen und das Recht auf die Zinsen sich in einer Person vereinigt hat; denn der Nießbrauch an der Hypothek und das Eigentum am Grundstück stehen sich als gesonderte Rechte gegenüber und der Gegenstand des Nießbrauchs wird durch die genannte Vereinigung nicht berührt. Das Zinsrecht bleibt vielmehr bestehen, und die Folge der Vereinigung ist nur, daß der Eigentümer (Schuldner), solange er gleichzeitig Nießbraucher ist, Zinsen nicht zu entrichten braucht (KGJ 47, 198). Ebenso bleibt, wenn die im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau des Eigentümers eine auf dem Grundstück eingetragene verzinsliche Hypothek erwirbt, trotz des dem Ehemanne zustehenden (§ 1383) Nutznießungsrechts an der Hypothek das Zinsrecht und somit auch die Hypothek für dieses Zinsrecht (der sich nur auf Zinsrückstände beziehende § 1178 [s. A 2] kommt hier überhaupt nicht in Betracht) für die Ehefrau bestehen, so daß die Hypothek mit den Zinsen auf die Ehefrau im Grundbuch umgeschrieben werden kann (KGJ 47, 194). Gleiches gilt, wenn ein Kind, dessen Vermögen der Nutznießung des Vaters unterliegt, eine auf dem Grundstück des Vaters eingetragene verzinsliche Hypothek erwirbt, oder wenn der Vater ein Grundstück erwirbt, auf dem für ein Kind eine verzinsliche Hypothek eingetragen steht (anders KGJ 40 A 140; 45, 257 insofern, als angenommen ist, es könne bei Neubegründung einer Hypothek für eine Darlehnsforderung einer Ehefrau oder eines Kindes an einem Grundstück des Ehemanns bzw. des Vaters ein Zinsrecht mit Rücksicht auf das Nutznießungsrecht des Ehemanns bzw. des Vaters nicht eingetragen werden). — Daß das

Recht im Grundbuche eingetragen ist, wird für Anwendung des § 889 nicht erfordert, sofern nur das Recht außerhalb des Grundbuchs besteht (wie z. B.: die Überbau- oder Notwegrente; §§ 912—918). Hinsichtlich der nach früherem Recht begründeten, nicht eingetragenen Rechte s. A 2.

2. Aus dem **Nichterlöschen durch Vereinigung** (Konfusion) darf nicht gefolgert werden, daß der Eigentümer am eigenen Grundstücke ein Recht bestellen darf (z. B. eine Grunddienstbarkeit zu Lasten seines einen und zugunsten seines anderen Grundstücks); nach § 181 kann der Eigentümer nicht mit sich selbst die nach § 873 erforderliche Einigung über die Bestellung des Rechtes vornehmen (s. hierüber sowie über die nach §§ 1009, 1196, 1199 geltenden Ausnahmen § 873 A 7 „Vertragsnatur"). — Ferner ist aus dem Nichterlöschen im Falle des § 889 nicht zu folgern, daß Rechte an einem fremden Grundstücke immer erst erlöschen, wenn sie im Grundbuche gelöscht werden. Dies gilt nur für die Aufhebung durch Rechtsgeschäft nach § 875. Über die Fälle, in denen sonst Rechte auch ohne Löschung außerhalb des Grundbuchs erlöschen, vgl. § 875 A 1. — Aus dem Nichterlöschen folgt aber, daß der Eigentümer über das Recht als Rechtsinhaber besonders verfügen, es aufheben, belasten, an einen anderen übertragen kann, letzteres soweit dies bei Rechten der betreffenden Art überhaupt zulässig ist. Insoweit unterliegt daher das Recht für sich allein auch der Zwangsvollstreckung. Ferner steht dem Eigentümer wie sonst einem Inhaber der Schutz gegen Beeinträchtigungen zu (vgl. §§ 1017, 1027, 1065, 1090 Abs 2). Vgl. jedoch über Unzulässigkeit des Betreibens der Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen einer Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld §§ 1177 Abs 1, 2, 1197. Wird aber von anderer Seite die Zwangsvollstreckung betrieben, so kann der Eigentümer wie sonst auch in diesen Fällen das Recht bei der Zwangsvollstreckung geltend machen. — Veräußert der Eigentümer das mit dem Rechte belastete Grundstück, so verbleibt ihm das Recht. — Ist das Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so bleibt auch diese Belastung bestehen. — Ausnahmen von dem Grundsatze des Nichterlöschens durch Vereinigung gelten nach § 1178 Abs 1 Satz 1 (Zinsrückstände und Kosten) bei einer Hypothek, sowie bei der Reallast und der Rentenschuld nach §§ 1107, 1200 in Verbindung mit dem zit. § 1178 Abs 1 Satz 1. Ob ein unter der Herrschaft des früheren Rechtes begründetes, zwar nicht eingetragenes, aber zur Wirksamkeit auch nicht der Eintragung bedürfendes Recht (z. B. eine Grundgerechtigkeit nach § 12 Abs 2 PrEEG v. 5. 5. 72; Art 187 EGBGB) durch Vereinigung (z. B. im Falle der genannten Grundgerechtigkeit durch Vereinigung des herrschenden und des dienenden Grundstücks in der Hand eines Eigentümers) nach Anlegung des Grundbuchs erlischt, bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen; denn nach Art 189 Abs 3 EG erfolgt die Aufhebung eines solchen Rechtes, bis es in das Grundbuch eingetragen wird, nach den bisherigen Gesetzen, und unter „Aufhebung" ist nicht nur die rechtsgeschäftliche Aufhebung, sondern auch das ohne Rechtsgeschäft eintretende Erlöschen zu verstehen (str.; RG Warn 1916 Nr 19).

§ 890

Mehrere Grundstücke[1]) können[2]) dadurch zu einem Grundstücke vereinigt werden[3]), daß der Eigentümer[4]) sie als ein Grundstück in das Grundbuch eintragen läßt[5]).

Ein Grundstück[1]) kann[2]) dadurch zum Bestandteil eines anderen Grundstücks gemacht werden[6]), daß der Eigentümer[4]) es diesem im Grundbuche zuschreiben läßt[7]).

E I 787 II 808; M 3 56 ff.; P 3 13, 327 f., 550 ff.

1. Über den Begriff des Grundstücks und darüber, wann **mehrere selbständige Grundstücke** vorliegen, vgl. § 873 A 4, auch KGJ 37 A 209 (Eintragung mehrerer Katasterparzellen unter verschiedenen Nummern des Titelblatts nach früherem Recht). Sowohl für die Vereinigung als auch für die Zuschreibung wird im § 890 vorausgesetzt, daß die mehreren Grundstücke dem nämlichen Eigentümer gehören oder doch von ihm gleichzeitig mit der Stellung des Antrags auf Vereinheitlichung erworben werden (KGJ 36 A 193). Keine Voraussetzung ist, daß sie miteinander in räumlichem Zusammenhange stehen (vgl. RG 51, 215) oder daß sie im Bezirke desselben Grundbuchamts belegen sind (OLG 8, 300; KJG 43, 291). Ferner ist nicht erforderlich, daß über die mehreren Grundstücke vor ihrer Vereinigung oder ihrer Verbindung durch Zuschlagung des einen je ein besonderes Grundbuchblatt geführt worden ist. Auch Grundstücke, die auf einem Grundbuchblatte unter verschiedenen Nummern gemäß § 4 GBO als selbständige Grundstücke gebucht sind (s. § 873 A 4; OLG 5, 188; KGJ 30 A 195; 31 A 238; 49, 235) können miteinander zu einem Grundstücke geschaffen werden. Sind mehrere Grundstücke bereits vereinheitlicht worden, so können noch andere Grundstücke nur mit dem Ganzen, nicht mit einem ein-

zelnen Teile, mag dieser früher auch ein selbständiges Grundstück gebildet haben, vereinheitlicht werden, es sei denn, daß der Teil als selbständiges Grundstück auf dem bisherigen Grundbuchblatte gemäß § 4 GBO (unter besonderer Nummer) oder auf einem anderen Blatte gebucht wird (OLG 2, 407, auch KGJ 43, 292). — Rechte, die den Grundstücken gleichgestellt sind (s. § 903 A 2), insbesondere Erbbaurechte, können entsprechend mit Grundstücken oder untereinander vereinheitlicht werden. Dagegen kann ein Miteigentumsanteil (ideeller Grundstücksteil) weder mit einem Grundstück vereinigt noch ihm zugeschrieben werden (s. hierüber § 873 A 4). Besondere gesetzliche Bestimmungen gelten in dieser Hinsicht nach Landesrecht (Artt 67, 112 EG) für das Bergwerkseigentum und für Bahneinheiten. — Im Falle der Teilung eines Grundstücks in mehrere selbständige Grundstücke, worüber das BGB keine Bestimmung trifft, wird an dem dinglichen Rechtszustande regelmäßig nichts geändert; die Belastungen bleiben an den einzelnen Teilen bestehen, und es bedarf der Einwilligung der Realberechtigten in die Teilung nicht (vgl. M 3 S. 654, 655). Über Übertragung der Belastungen auf die nach einem anderen Grundbuchblatte übertragenen Teile vgl. §§ 47 Abs 2, 49 GBO, und über Belastung und Entlastung von realen und ideellen Grundstücksteilen vgl. § 873 A 4. Sondervorschriften hinsichtlich der Wirkung der Teilung sind gegeben für die Grunddienstbarkeit (§§ 1025, 1026), die beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§§ 1090 Abs 2, 1026) und die Reallast (§ 1108 Abs 2). Vgl. ferner EG Artt 113 (Zusammenlegung von Grundstücken, s. dazu KGJ 43, 290), 119 Nr 2 (Verbot der Teilung nach Landesrecht), 120 Abs 1, 2 Nr 1 (lastenfreie Abtretung von kleineren Trennstücken ohne Bewilligung der Realberechtigten auf Grund Unschädlichkeitszeugnisses).

2. Die mehreren Grundstücke **können** nach Abs 1 oder nach Abs 2 vereinheitlicht werden, wenn nicht etwa durch Landesgesetz gemäß dem Vorbehalte in Art 119 Nr 3 EG die Vereinheitlichung untersagt oder beschränkt ist. Nach der Ordnungsvorschrift des § 5 GBO, deren Nichtbeachtung aber die ihr entgegen bewirkte Vereinheitlichung nicht unwirksam macht, soll die Vereinheitlichung nur erfolgen, wenn davon Verwirrung nicht zu besorgen ist. Wann diese Besorgnis gerechtfertigt ist, bestimmt sich nach Lage des einzelnen Falles. Namentlich wird dabei eine Verschiedenheit der Belastung und die sich daraus etwa ergebende Unübersichtlichkeit des Grundbuchs und Schwierigkeit der Zwangsvollstreckung in Betracht kommen (OLG 6, 259; 8, 300; 18, 196; 20, 401).

3. Werden die mehreren Grundstücke **zu einem Grundstücke vereinigt,** so wird nicht das eine Grundstück Bestandteil des anderen, sondern jedes wird Bestandteil des nunmehr einheitlichen ganzen Grundstücks (KGJ 30 A 195). — Diese Bestandteile können aber, da sie nicht wesentliche sind, je für sich Gegenstand besonderer Rechte sein. Deshalb bleiben diese Teile auch fernerhin so gesondert belastet, wie sie es früher als selbständige Grundstücke waren. Die Belastungen des einen Teiles erstrecken sich nicht auch auf den anderen Teil (RJA 6, 249; KGJ 30 A 195). Eine Gesamthypothek an den beiden bisherigen Grundstücken wird nicht zur Einzelhypothek, vielmehr finden die Vorschriften über die Gesamthypothek (§§ 1132, 1172ff., 1181 Abs 2, 1182) nach wie vor auf sie Anwendung (vgl. KGJ 30 A 195). Erst nach der Vereinigung können die Teile einheitlich belastet werden, wobei sie dann (z. B. hinsichtlich der Hypothek, § 1132) als ein Grundstück gelten (KGJ 30 A 195). Wegen Belastungen, die nur einen Teil betreffen, kann trotz der Vereinigung die Zwangsvollstreckung in den Teil allein betrieben werden (RJA 6, 249). — Soll nach der Vereinigung eine neue Belastung oder sonstige Verfügung nur einen der Teile betreffen, so kommen formellrechtlich, insbesondere hinsichtlich Wiederabschreibung des Teiles, die §§ 3, 6, 96 GBO zur Anwendung (vgl. hierüber § 873 A 4).

4. Nur auf Veranlassung des **Eigentümers** kann die Vereinheitlichung der mehreren Grundstücke nach Abs 1 oder nach Abs 2 bewirkt werden. Nicht von Amts wegen (KGJ 31 A 238; 49, 235). — Der gegenüber dem Grundbuchamte (s. § 875 A 7) zu stellende Antrag des Eigentümers ist, weil mit ihm rechtliche Folgen verbunden sind und durch ihn ein dem Liegenschaftsrechte unterliegender neuer Gegenstand geschaffen werden soll, materiellrechtlich eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Daher bedarf er formellrechtlich, weil er eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung im Sinne des § 29 Satz 1 GBO ist, der dort vorgeschriebenen Form (RJA 6, 74; KGJ 31 A 238). Von diesem Antrage, der die materiellrechtliche Grundlage für die Vereinheitlichung bildet, ist zu unterscheiden der prozessuale Eintragungsantrag, der formellrechtlich für die Vornahme einer jeden Eintragung nach § 13 Abs 1 GBO erforderlich ist, dessen Fehlen aber auf die Wirksamkeit der vorgenommenen Eintragung keinen Einfluß hat. Er bedarf nach § 30 GBO keiner Form und kann unter Vorlegung des vorgenannten materiellrechtlichen formgerechten Antrags nach § 13 Abs 2 GBO nicht nur von dem Eigentümer, sondern auch von demjenigen anderen, zu dessen Gunsten etwa die Vereinheitlichung erfolgen soll (z. B. im Falle der Zuschreibung von dem Gläubiger einer auf beiden Grundstücken haftenden Gesamthypothek, der insofern dadurch begünstigt wird, als die Gesamthypothek gemäß § 1131 zufolge der Zuschreibung zu einer Einzelhypothek auf einem Grundstücke wird), gestellt werden (RJA 6, 75). — Ist aber eine Vereinheitlichung ohne den

materiellrechtlichen Antrag des Eigentümers bewirkt worden oder ist der Antrag nicht rechtsgültig, so ist die Vereinheitlichung unwirksam und treten die nach dem Gesetze mit einer Vereinheitlichung verbundenen rechtlichen Folgen nicht ein. Das Grundbuchamt kann zwar eine solche ungerechtfertigte Vereinheitlichung nicht etwa nach § 54 Abs 1 Satz 2 GBO von Amts wegen wieder aufheben, da das Gesetz die Vereinheitlichung gestattet und daher die die Vereinheitlichung betreffende Eintragung nicht ihrem Inhalte nach unzulässig ist. Wohl aber hat das Grundbuchamt, da die Zusammenschreibung eine Eintragung im Sinne der §§ 54, 71 GBO ist (RJA 6, 251), gemäß § 54 Abs 1 Satz 1 GBO von Amts wegen einen Widerspruch einzutragen, und hierzu kann es nach § 71 Abs 2 GBO im Wege der Beschwerde angehalten werden (RJA 6, 252). — Es steht ohne Rücksicht auf die Größe, Lage und Beschaffenheit der in Betracht kommenden Grundstücke im freien Willen des Eigentümers, zu bestimmen, welche der beiden Arten der Vereinheitlichung stattfinden soll. Jedoch muß er wegen der verschiedenen rechtlichen Folgen (s. A 3, 6) mit Bestimmtheit angeben, ob eine Vereinigung oder eine Zuschreibung erfolgen soll (KGJ 30 A 195). Hat das Grundbuchamt entgegen dem auf eine Vereinheitlichung gerichteten Antrage des Eigentümers das eine Grundstück, das mit dem anderen vereinheitlicht werden sollte, als selbständiges Grundstück gebucht, sei es auch gemäß § 4 GBO auf einem mit dem andern Grundstücke gemeinschaftlichen Grundbuchblatte (s. A 1), so steht dem Eigentümer die Beschwerde hiergegen zu, da die Buchung keine auf Parteibetrieb erfolgende, mit besonderen rechtlichen Wirkungen versehene Eintragung im Sinne des § 71 Abs 2 Satz 1 GBO ist (OLG 5, 188). — Der Zustimmung der Realberechtigten, insbesondere der Hypothekengläubiger, bedarf es weder zur Vereinigung noch zur Zuschreibung, da ihre Rechte nicht beeinträchtigt werden, auch im § 890 nur ein Antrag des Eigentümers erfordert wird (RJA 6, 249; 12, 156).

5. Die **Eintragung als ein Grundstück** im Falle der Vereinigung hat z. B. in Preußen (vgl. § 8 Abs 1, 3 Nr 2, 3, Abs 4 der AVf v. 20. 11. 99 und das Formular A dazu) entweder in der Weise zu geschehen, daß die Grundbuchblätter beider Grundstücke geschlossen werden und für das Gesamtgrundstück ein neues Grundbuchblatt angelegt wird, oder in der Weise, daß auf dem Grundbuchblatte des einen Grundstücks oder auf dem etwa gemeinschaftlichen Grundbuchblatte (§ 4 GBO) die Grundstücke als Gesamtgrundstück unter einer neuen Nummer eingetragen werden, in beiden Fällen mit der Angabe der Vereinigung (RJA 6, 249; KGJ 31 A 238; OLG 5, 188). — Über Unzulässigkeit der Beschwerde eines Hypothekengläubigers wegen Beseitigung einer bereits bewirkten Vereinigung vgl. RJA 6, 247. — Wieder aufgehoben kann die Vereinigung nur auf Antrag des Eigentümers werden, während bezüglich der erwähnten Buchung mehrerer Grundstücke auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt das Grundbuchamt nach § 4 GBO von Amts wegen darüber zu befinden hat, ob das für die mehreren selbständigen Grundstücke angelegte gemeinschaftliche Grundbuchblatt fortzuführen ist, und Anträge Beteiligter, auch des Eigentümers, auf Aufhebung der gemeinschaftlichen Buchung nur die Bedeutung einer Anregung haben (KGJ 50, 127).

6. **Wird ein Grundstück zum Bestandteil eines anderen gemacht,** so gilt hinsichtlich der rechtlichen Folgen Abweichendes von der Vereinigung (s. A 3) bezüglich der hypothekarischen Rechte (Hypotheken, Grund- und Rentenschulden). Nach §§ 1131, 1192, 1200 erstrecken sich die auf dem Hauptgrundstücke bestehenden hypothekarischen Rechte auf das zugeschriebene Grundstück mit der Maßgabe, daß die auf diesem Grundstücke lastenden Rechte im Range vorgehen. Dagegen erstrecken sich die letzteren Rechte nicht auf das Hauptgrundstück. Die Hypotheken auf diesem Grundstücke werden zufolge der Erstreckung nicht zu Gesamthypotheken im Sinne des § 1132, da ihnen auch nach der Zuschreibung nur ein Grundstück, zusammengesetzt aus dem Hauptgrundstück und dem zugeschriebenen Grundstücke, haftet (str.). Bestand vor der Zuschreibung eine Gesamthypothek an dem Hauptgrundstück und dem zugeschriebenen Grundstücke, so wird die Hypothek zu einer Einzelhypothek, weil die Hypothek auf dem Hauptgrundstücke sich auch auf das zugeschriebene Grundstück erstreckt und die beiden Haftungsobjekte dieser Hypothek nunmehr ein einheitliches Grundstück bilden (vgl. RJA 6, 74). — Im übrigen gilt das gleiche wie von der Vereinigung. Da das zugeschriebene Grundstück ein nicht wesentlicher Bestandteil des Hauptgrundstücks ist, behält jedes Grundstück hinsichtlich der dinglichen Rechte anderer Art (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten) seine besondere Belastung; diese Rechte bleiben durch die Zuschreibung unberührt und erfahren keine Erweiterung ihrer Belastungsobjekte (vgl. OLG 11, 332; 20, 401). Das nämliche gilt von Eigentumsbeschränkungen (z. B. der Fideikommißeigenschaft, OLG 5, 314). — Aus Art 181 EG ist zu folgern, daß ein nach früherem Recht als Zubehör zugeschriebenes Grundstück (was jetzt nicht mehr zulässig ist) seit Inkrafttreten des BGB als zugeschriebener Bestandteil zu gelten hat (KGJ 37 A 211; 51, 261). — Wird im Falle des Bestehens einer Grunddienstbarkeit das herrschende Grundstück dem dienenden oder dieses jenem als Bestandteil zugeschrieben, so ist trotz der Vorschrift des § 889, die sich auf andere Fälle der Vereinigung eines Rechtes mit dem Eigentum des belasteten Grundstücks in einer Person bezieht, das Erlöschen der Grunddienstbarkeit anzu

nehmen, da nach § 1018 eine Grunddienstbarkeit nur bestehen kann, wenn ein selbständiges Grundstück als das herrschende einem anderen selbständigen Grundstück als dem dienenden gegenübersteht (KGJ 51, 261; vgl. § 1018 A 5 Abs 2).

7. Die **Zuschreibung** erfolgt z. B. in Preußen (vgl. auch hier § 8 Abs 1, 3 Nr 2, 3, Abs 4 der AVf v. 20. 11. 99 und das Formular A dazu) in der Weise, daß auf dem Grundbuchblatte des Hauptgrundstücks dieses und das zugeschriebene Grundstück unter neuer Nummer mit Angabe der Zuschreibung eingetragen werden (KGJ 31 A 238; 36 A 191). — Über Zulässigkeit der Beschwerde eines Gesamthypothekengläubigers wegen Ablehnung des von dem Eigentümer gestellten Antrags auf Zuschreibung des einen zu dem anderen haftenden Grundstücke vgl. RJA 6, 73, aber auch 12, 157.

§ 891

[1]) Ist im Grundbuche für jemand[2]) ein Recht[3]) eingetragen, so wird vermutet[4]), daß ihm das Recht zustehe[5]).

Ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht[3]) gelöscht, so wird vermutet, daß das Recht nicht bestehe[6]).

E I 826 II 809; M 3 138 ff., 153 ff.; P 3 48 f.

1. Ist das Grundbuch im Sinne des Art 186 EG als angelegt anzusehen, so gelten die Vorschriften des § 891 auch hinsichtlich der **nach früherem Rechte** begründeten Rechte (**RG** JW 1912, 145[22]; 1912, 196[18]; Gruch 56, 598; 57, 989). Ob das betreffende Recht nach den früheren Gesetzen zur Begründung der Eintragung bedurfte oder ob es außerhalb des Grundbuchs begründet werden konnte, ob also die erfolgte Eintragung des Rechtes rechtsbegründende (konstitutive) oder nur feststellende (beurkundende, deklarative) Wirkung hatte (s. Vorbem 3c vor § 873), ist ebenso belanglos, wie, ob nach den früheren Gesetzen eine dem § 891 ähnliche Vermutung hinsichtlich des Rechtes galt oder nicht (str.; vgl. M des EG 267; **RG** 62, 100; JW 1912, 145[22]; 1912, 196[18]). Allerdings sind für die Frage, ob ein älteres Recht wirklich begründet worden ist und welchen Inhalt es hat, die früheren Gesetze maßgebend, soweit nicht besondere Ausnahmevorschriften nach dieser Richtung gegeben sind (vgl. Artt 181 ff., 184, 192—195 EG). Darum aber handelt es sich im § 891 nicht, vielmehr wird hier dem Grundbuche eine besondere Beweiskraft beigelegt. Diese muß für und gegen alle Rechte gelten, auf die sich ein dem Liegenschaftsrechte des BGB entsprechend angelegtes Grundbuch bezieht. Daher steht ohne Ausnahme auch demjenigen, dessen eingetragenes Recht unter der Herrschaft der früheren Gesetze begründet worden ist, die Vermutung aus Abs 1 § 891 zur Seite und demjenigen, dessen unter der Herrschaft der früheren Gesetze begründetes Recht gelöscht worden ist, die Vermutung aus Abs 2 § 891 entgegen (vgl. **RG** 62, 100; JW 1912, 145[22]; 1912, 196[18]; Warn 1912 Nr 258; Gruch 51, 609). Aus dem von der Gegenmeinung herangezogenen Urteile (**RG** JW 03 Beil 54) ergibt sich nichts Gegenteiliges, da dort nur ausgesprochen ist, daß für die Anwendung des § 891 der Inhalt des neuen Grundbuchs, nicht der eines nach früherem Rechte angelegt gewesenen Grundbuchs maßgebend sei.

2. Derjenige, **für den ein Recht eingetragen ist,** muß, wenn die Vermutung aus Abs 1 zu seinen Gunsten ohne weiteres gelten soll, deutlich bezeichnet sein. Andernfalls hat er sich als den nach dem Grundbuchvermerke gemeinten Inhaber des Rechtes besonders auszuweisen (vgl. **RG** JW 1912, 145[22]). — Ist ein Recht für mehrere eingetragen so muß sich aus dem Grundbuche ergeben, um welche Art von Gemeinschaft es sich handelt, ob es eine Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff., z. B. Miteigentum, § 1008) ist oder eine Gemeinschaft zur gesamten Hand (Gesellschaft, §§ 705 ff., allgemeine und fortgesetzte Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft, §§ 1438, 1442, 1471 Abs 2, 1483, 1519, Erbengemeinschaft, § 2032). Eine Vermutung für die eine oder die andere Art der Gemeinschaft besteht nicht. Nach § 48 GBO soll allerdings, wenn ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen wird, in dem Eintragungsvermerk entweder die Angabe der Anteile der Berechtigten in Bruchteilen oder die Bezeichnung des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses aufgenommen werden. Wenn aber diese Ordnungsvorschrift außer acht gelassen ist, muß derjenige, der eine bestimmte Art der Gemeinschaft behauptet und darauf Rechte, insbesondere auch seine Befugnis zur Verfügung (vgl. §§ 719, 747, 1442 ff., 2033) gründet, das Bestehen der betreffenden Gemeinschaft, wenn sie sich aus dem Eintragungsvermerke nicht ergibt, besonders nachweisen (vgl. RJA 5, 125; OLG 8 S. 304, 305). Ergibt sich jedoch so viel aus dem Grundbuche, daß unter den mehreren Berechtigten eine Gemeinschaft (z. B. Miteigentum) nach Bruchteilen besteht, so ist nach §§ 742, 747 im Zweifel anzunehmen, daß den Teilhabern gleiche Anteile zustehen und ein jeder über seinen Anteil zu verfügen berechtigt ist. — Bei Briefhypotheken findet die gesetzliche Ver-

mutung an den für diese Hypotheken geltenden besonderen Vorschriften, so namentlich an den die außerhalb des Grundbuchs sich vollziehende Erwerbung und Übertragung sowie deren Wirkung betreffenden Vorschriften der §§ 1117 Abs 1, 3, 1154, 1155, ihre Schranke (RG Warn 1917 Nr 56). Vgl. auch § 1160, wonach es zur Geltendmachung der Hypothek auf Verlangen noch der Vorlegung des Hypothekenbriefs bedarf.

3. § 891 bezieht sich nur auf **Rechte an einem Grundstück**, also auf das Grundeigentum und die ein Grundstück belastenden, begrenzten dinglichen Rechte (Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, dingliches Vorkaufsrecht, Reallasten, hypothekarische Rechte). — Verfügungsbeschränkungen sind keine Rechte am Grundstücke (s. § 874 A 1) und fallen daher nicht unter § 891 (Prot 3, 49; s. aber hier Abs 3). Jedoch die aus einer Nacherbschaft und die aus einer Testamentsvollstreckerschaft sich ergebenden einschränkenden Rechte, die nach §§ 52, 53 GBO in das Grundbuch eingetragen werden müssen, sind als Rechte im Sinne des § 891 zu erachten (KGJ 40 A 196; vgl. § 892 A 11 Abs. 2). — Dagegen sind solche Rechte nicht Widersprüche, da sie nur zum Schutze außerhalb des Grundbuchs bestehender dinglicher Rechte dienen (RG JW 1910, 149[13]). Darüber, daß § 891 auf Vormerkungen nicht zur Anwendung zu bringen ist, vgl. § 883 A 1, 8 (s. aber hier Abs 3). — Nicht eintragungsfähige Rechte (s. Vorbem 2 vor § 873), die trotzdem eingetragen sind, gelten nicht als eingetragene Rechte im Sinne des § 891, da die betreffenden Einschreibungen ihrem Inhalte nach unzulässig sind (vgl. § 54 Abs 1 Satz 2 GBO) und § 891 nur solche Rechte begreift, die hinsichtlich ihres Inhalts zulässigerweise eingetragen worden sind (RG 62, 101; 88, 86). Auch hinsichtlich öffentlicher Rechte (z. B. gemeinen Eigentums des preußischen Staates an öffentlichen Flüssen nach dem früher geltenden § 21 ALR II 14; Bezeichnung einer Apotheke im Grundbuch als Hofapotheke), die in das Grundbuch eingetragen worden sind, hat § 891 keine Bedeutung, das da Grundbuch nur dazu bestimmt ist, über die privatrechtlichen Verhältnisse eines Grundstücks oder einer ihr gleichstehenddden Gerechtigkeit Auskunft zu geben (RG 80, 366; Gruch 57, 989; 58, 949 [Warn 1914 Nr 283]). — Ferner erstreckt sich die Rechtsvermutung des § 891 nicht auf solche im Grundbuche enthaltenen Vermerke, die auf den Inhalt, Umfang oder Gegenstand der eingetragenen Rechte keinen Bezug haben. Ein solcher Vermerk ist z. B. die Angabe über die Höhe des Kaufpreises. — Weiter ist eine Vermutung für eine bestimmte rechtliche Natur der Eintragung sowie für die Frage, ob das Eingetragene nach seiner rechtlichen Natur etwa zufolge späterer Gesetzgebung nicht mehr rechtsbeständig ist (z. B. ein Vorkaufsrecht zufolge des PrAblösungsges. v. 2. 3. 50), aus § 891 nicht zu entnehmen (RG JW 1912, 196[12]). Vielmehr sind Inhalt und rechtliche Natur der Eintragung aus dem Eintragungsvermerk und den zugrunde liegenden Urkunden zu bestimmen (RG JW 1912, 196[13]).

In den Gesetzesvorarbeiten (vgl. Prot 3, 49; M z. E I z. GBO 35; DS zu § 2 E II GBO) wird mehrfach von „tatsächlichen Umständen" oder **„Angaben tatsächlicher Natur"** gesprochen, auf die weder die Rechtsvermutung des § 891 noch der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 Anwendung finden soll, und werden als Beispiele hierfür angeführt Angaben über Lage und Größe des Grundstücks. Diese Bemerkungen haben in der Rechtslehre zu zahlreichen Meinungsverschiedenheiten darüber geführt, ob und inwieweit die auf das Grundstück bezüglichen Bestandsangaben den Vorschriften der §§ 891, 892 unterliegen. Als das Richtige erscheint folgendes: Die Rechtsvermutung und der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstrecken sich nicht nur auf den gesamten Inhalt der eingetragenen Rechte und auf den Umfang der mit ihnen verbundenen Befugnisse, wie sie sich aus den besonderen Eintragungsvermerken für die Rechte ergeben, sondern auch auf den Gegenstand, an dem die Rechte bestehen. Denn auch das, worauf die Rechte eingetragen sind, und was sie demgemäß im Falle ihrer Unbeschränktheit der Verfügungsmacht ihres Inhabers zuweisen oder, wenn sie nur beschränkte Rechte sind, als Haftungsobjekt ergreifen, gibt ihnen besondere rechtliche Bedeutung (vgl. RG 73, 128; Gruch 58, 198; KGJ 27 A 91, jedoch auch RG 61, 193; a. M. OLG 15, 335). Namentlich ist bei dem unbeschränkten Eigentumsrechte der Gegenstand, an dem es besteht, das wesentlichste Merkmal für seine Umgrenzung. Die durch § 891 gewährte Vermutung für das Bestehen des Eigentums kann für den eingetragenen Eigentümer nur dann zur vollen Geltung kommen, wenn sich die Vermutung auch darauf erstreckt, was nach dem Inhalte des Grundbuchs das Eigentumsrecht umfaßt, da hieraus erst das Eigentumsrecht in vollem Maße sich so ergibt, wie es in dem betreffenden Falle besteht (vgl. RG 68, 24; 73, 129). Auch hinsichtlich des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs läßt sich das Eigentumsrecht nicht von seinem Gegenstande trennen; der Inhalt des Grundbuchs im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 2 umfaßt bezüglich des Eigentums notwendigerweise auch dessen Gegenstand, da hierdurch das in dem vorliegenden (konkreten) Falle bestehende Sondereigentum an einem Teile der Erdoberfläche mit zur Darstellung gebracht wird (vgl. RG 68, 24; 73, 129; Gruch 58, 198). Daher sind diejenigen beschreibenden Angaben, aus denen zu entnehmen ist, welche Teile der Erdoberfläche in den Bereich der Herrschaft der im Grundbuche eingetragenen Rechte, namentlich des Eigentumsrechts, fallen, ebensowenig tat-

sächliche Angaben, wie die für die einzelnen Rechte eingetragenen, ihren Inhalt und Umfang darstellenden Vermerke. Worauf die Angaben beruhen, ob sie, wie § 2 Abs 2 GBO vorschreibt, einem amtlichen Verzeichnisse (z. B. in Preußen den Grund- und Gebäudesteuerbüchern) entnommen sind oder nicht, ist gleichgültig. Der Inhalt des Grundbuchs hinsichtlich der Darstellung der zu dem betreffenden Eigentum gehörigen Flächen des Grund und Bodens ist maßgebend (RG 73, 129). Als eine solche Darstellung haben z. B. in Preußen auch die im Bestandsverzeichnisse aufgeführten, aus dem Kataster entnommenen Nummern der Flächenabschnitte (Parzellennummern) zu gelten (RG 73, 129; JW 1910, 813[32]; Gruch 58, 198). Auf Grund dieser Nummern sind in der Örtlichkeit die Grundflächen festzustellen, die von dem betreffenden Eigentum umfaßt werden. Bezüglich dieser Grundflächen gilt daher die Vermutung aus § 891 Abs 1, daß sie dem eingetragenen Eigentümer gehören, und auf sie erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 (RG 73, 129; JW 1910, 813[32]; Gruch 58, 198; KGJ 25 A 98; 25 A 106; 27 A 92; aber auch RG Gruch 46, 1157; JW 01, 42[25]; OLG 2, 492; 10, 80; a. M. 15, 335). Anders verhält es sich mit solchen Angaben, die nicht eine Darstellung des räumlichen Umfangs und der Begrenzung des Grundstücks enthalten, sondern dem Grundstücke lediglich einen Namen geben oder sich über besondere Eigenschaften des Grundstücks verhalten (z. B. Rittergut, Bauerngut, Kulturart, Reinertrag, Nutzungswert, Bebauung). Solche Angaben sind allerdings rein tatsächlicher Natur und unterliegen daher nicht den Vorschriften der §§ 891, 892 (vgl. RG 73, 129). Was die Angaben über die Lage und die Größe anlangt, so werden sie sich in der Regel ebenfalls lediglich auf eine Beschaffenheit, eine Eigenschaft des Grundstücks beziehen (z. B. wenn es heißt: „in der Nähe der Stadt N belegen, im Kreise X", oder wenn auf Grund einer Neuvermessung innerhalb der alten Grenzen eine neue Größenangabe eingeschrieben ist); dann finden auf diese Angaben die Vorschriften der §§ 891, 892 gleichfalls keine Anwendung (RG 73, 128; vgl. KGJ 27 A 91; 30 A 206; OLG 8, 213; aber auch RG 61, 194; Gruch 46, 1157). Jedoch können unter Umständen (z. B. wenn nicht die einzelnen Parzellennummern aufgeführt sind, sondern nur ein Gesamtname des Grundstücks angegeben ist) die Beschreibungen der Lage und die Größenangaben derartige sein, daß sie den räumlichen Umfang und die Begrenzung des Grundstücks zur Darstellung bringen. Dann sind auch diese Angaben nicht rein tatsächlicher Natur (vgl. RG 73, 128). — Ferner sind unter Rechten im § 891 (und § 892) nur Privatrechte zu verstehen. Handelt es sich z. B. um die Frage, ob ein Grundstück (z. B. See, Fluß) eine des Privateigentums fähige Sache oder dem Privatrechtsverkehr entzogen ist, so kann für die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch nicht die Vermutung aus § 891 (und auch nicht der gute Glaube aus § 892) angerufen werden, da das Grundbuch zum Beweise auch solcher rein tatsächlicher Verhältnisse nicht bestimmt ist (RG 80, 367; Gruch 55, 1152). Dahin gehört auch die im Grundbuche enthaltene Bezeichnung einer Grundfläche als öffentlicher Weg, da sie nur die tatsächliche Beschaffenheit der Grundfläche betrifft (RG V 278/03).

Bezüglich derjenigen Eintragungen, auf die § 891, weil sie nicht Rechte am Grundstück betreffen, keine Anwendung findet, mit deren Inhalt aber doch rechtliche Wirkungen verbunden sind, ist aus ihrer Aufnahme in das Grundbuch, also in eine öffentliche Urkunde, gemäß § 418 Abs 1 ZPO im Streitfalle voller prozessualer Beweis für das tatsächliche Bestehen ihres Inhalts zu entnehmen. Gegen diesen Beweis ist nach § 418 Abs 2 ZPO der Beweis der Unrichtigkeit zulässig. Dies trifft besonders für Verfügungsbeschränkungen, Vormerkungen und Widersprüche zu (Prot 3, 49).

4. Die **Vermutung** hinsichtlich des eingetragenen Rechtes (Abs 1) **wirkt nicht nur für den eingetragenen Berechtigten, sondern auch gegen ihn** (RG 95, 164), und die Vermutung hinsichtlich des gelöschten Rechtes (Abs 2) wirkt nicht nur gegen, sondern auch für denjenigen, der durch die Löschung betroffen worden ist. Insbesondere ist der als Eigentümer Eingetragene zur Einlassung verpflichtet (passiv legitimiert) hinsichtlich eines jeden Anspruchs, der gegen ihn als Eigentümer erhoben wird (OLG 8, 186). Vgl. auch RG 95, 160 über die Zulässigkeit der grundbuchlichen Vollziehung eines Urteils, das der Eigentümer gegen den als Hypothekengläubiger eingetragenen Scheinzessionar auf Einräumung des Vorrangs vor einer anderen Hypothek aus dem Grunde, daß der Scheinzedent sich ihm gegenüber verpflichtet hatte, falls die andere Hypothek eingetragen werde, ihr den Vorrang einzuräumen, nach § 826 erstritten hat. Überhaupt kann sich auf die Vermutungen des § 891 nicht, wie hinsichtlich Geltung der Richtigkeit des Grundbuchs nach § 892, bloß ein dritter Erwerber, sondern jeder berufen, der an dem Bestehen des eingetragenen Rechtes oder an dem Nichtbestehen des gelöschten Rechtes ein rechtliches Interesse hat (RJA 11, 64). Auch dem Eigentümer und Schuldner, der von dem Inhaber eines eingetragenen Rechtes in Anspruch genommen wird, steht sie zur Seite (RG V 243/03). — Die kirchenrechtliche Vermutung, daß Friedhöfe im Eigentum der Kirchengemeinde (kirchlichen Anstalt) stehen (vgl. §§ 183, 190 II 11 PrALR), greift, wenn ein anderer als Eigentümer eines Friedhofs eingetragen ist, gegenüber der Vermutung des § 891 nicht durch (RG JW 1912, 145[22]).

Die Vermutungen sind **auch für das Grundbuchamt bei Vornahme einer Eintragung maßgebend** (RJA 11, 64; KGJ 26 A 150; 29 A 148; 35 A 303; 43, 240; OLG 18, 118, vgl. RG Warn 1913 Nr 199). Insbesondere hat das Grundbuchamt den bezüglich des Rechtes, das durch eine Eintragung betroffen wird, als Berechtigter Eingetragenen als wirklichen Berechtigten anzusehen. Das Bestehen lediglich einer Möglichkeit, daß die Eintragung unrichtig ist, hat für das Grundbuchamt außer Betracht zu bleiben (RJA 5, 125; KGJ 20 A 183; 22 A 198; 29 A 145; 35 A 303; 40 A 199, 296; 43, 237; OLG 18, 118). Nur dann, wenn sich aus den eigenen urkundlichen Erklärungen der Beteiligten oder auch aus den Grundakten ergibt, daß die betreffende Eintragung unrichtig ist (z. B. daß der Hypothekengläubiger zufolge Befriedigung nicht mehr Inhaber des Hypothekenrechts ist oder daß der Güterstand unter Eheleuten tatsächlich ein anderer als der eingetragene ist), kann wegen der etwa daraus sich ergebenden Anstände die beantragte Eintragung abgelehnt werden (RJA 1, 162; 5, 215; KGJ 20 A 281; 23 A 117; 28 A 92; 29 A 186; 35 A 303; 40 A 294; 43, 240; OLG 8, 305; vgl. RG Warn 1913 Nr 199). Dagegen darf der Grundbuchrichter Tatsachen, die ihm sonst (z. B. als Prozeßrichter), insbesondere aus anderen Akten, bekannt geworden sind, nicht gegen die Vermutung aus § 891 behufs Beanstandung eines Eintragungsantrags berücksichtigen, da die Kenntnis außerhalb seiner amtlichen Tätigkeit als Grundbuchrichter liegt (a. M. KGJ 25 A 117; RJA 11, 63). Ferner ist zu beachten, daß eine frühere Eintragung wegen Fehlens lediglich formellrechtlicher Voraussetzungen für die Vornahme der Eintragung noch nicht unrichtig wird (RJA 1, 128, s. auch unten Abs 3).

Die Vermutungen können gemäß § 292 ZPO, soweit sich nicht aus dem Gesetze etwas anderes ergibt (vgl. z. B. § 892 Abs 1 Satz 1, § 1141 Abs 1 Satz 2, § 1148, dazu RG 49, 8), **durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden.** Die Widerlegung der Vermutung ist freilich nicht jedermann freigegeben. Vielmehr muß der Widerlegende ein rechtliches Interesse an der Widerlegung haben (RG 92, 70; Gruch 54, 1001; Warn 1910 Nr 64; 9. 5. 06 V 309/05; auch Gruch 26, 1119). Jedoch steht ein solches Interesse und somit der Gegenbeweis jedem zu, der ein das eingetragene Recht ausschließendes oder einschränkendes Recht besitzt oder sonst durch die Eintragung in seinem Rechte beeinträchtigt wird (RG Warn 1910 Nr 64; JW 1911, 944[10]). Auch dem von dem Bucheigentümer auf Herausgabe in Anspruch genommenen Besitzer einer Parzelle, der selbst sein Eigentum nicht nachzuweisen vermag, aber geltend macht, jedenfalls habe der Eingetragene (z. B. weil nach seinem und seines Rechtsvorgängers übereinstimmendem Willen die Parzelle nicht Gegenstand des Erwerbs sein sollte) Eigentum nicht erworben (RG JW 1911, 944[10]). — Der Gegenbeweisführer hat die Tatsachen (vgl. OLG 15, 109) darzulegen und nachzuweisen, aus denen hervorgehen soll, daß das eingetragene Recht trotz der Eintragung nicht entstanden oder zwar entstanden, demnächst aber erloschen ist (Abs 1), oder daß das gelöschte Recht trotz der Löschung nicht untergegangen ist (Abs 2). Einen solchen Gegenbeweis hat auch der (z. B. auf Grund eines Zeugnisses über 44jährigen Besitz eingetragene) Eigentümer, der aus einem eingetragenen begrenzten Rechte in Anspruch genommen wird, zu führen, wenn er sein Eigentum oder das Recht bestreitet (RG JW 03 Beil 91; V 62/02, V 532/03; OLG 8, 186; 15, 109). Insbesondere kann der Gegenbeweis auch darauf gerichtet werden, daß die erforderliche Einigung über die Begründung des eingetragenen Rechtes (§ 873) oder die erforderliche Aufgabeerklärung des Berechtigten hinsichtlich des gelöschten Rechtes (§ 875) gänzlich fehlt oder nichtig ist oder einen anderen Inhalt hat (RG JW 03 Beil 91; 1910, 149[13]; 1911, 944[10]; OLG 8, 186; 15, 109). Bei einer Verkehrshypothek kommt ferner in Betracht der Beweis, daß die eingetragene Forderung nicht entstanden oder erloschen ist (RG 49, 8; 51, 45; KGJ 29 A 186; 35 A 302). — Der Gegenbeweis hat lediglich zum Gegenstande, daß das eingetragene Recht wirklich (materiell) nicht besteht. Die Vermutung kann nicht durch einen Nachweis entkräftet werden, wonach die formellen Voraussetzungen für die Eintragung nicht gegeben gewesen seien, insbesondere nach den eingereichten Urkunden die Eintragung (z. B. des Eigentums auf Grund angeblich widerspruchsvollen Zeugnisses über 44jährigen Besitz) vom Grundbuchrichter nicht hätte vorgenommen werden sollen. Denn das Eingetragensein als solches gewährt die Vermutung für das Bestehen des eingetragenen Rechtes ohne Rücksicht darauf, wie es zu der Eintragung gekommen ist, und aus dem Mangel formeller Voraussetzungen allein ergibt sich das Nichtbestehen des Rechtes (die Unrichtigkeit des Grundbuchs) nicht (vgl. RG JW 1912, 145[22]; auch RJA 1, 128). Der Gegenbeweis muß jede Möglichkeit, daß das eingetragene Recht, sei es auch in anderer Weise, zur Entstehung gelangt ist, ausräumen; solange dies nicht geschehen ist, ist auch der Prozeßrichter an die gesetzliche Vermutung gebunden (RG 92, 71; Gruch 57, 989). Beruft sich z. B. der als Eigentümer Eingetragene, nachdem der Gegenbeweis geführt ist, daß derjenige, von dem er sein Eigentum ableitet, nicht Eigentümer war, auf eigene Ersitzung (nach früherem Recht), so liegt ihm hierfür nicht die Darlegungs- und Beweispflicht ob, vielmehr muß der Gegenbeweisführer auch diesen Rechtsgrund widerlegen (RG Gruch 57, 989).

Die Vermutungen können hinsichtlich eingetragener Rechte dann nicht Platz greifen, wenn sich **auf verschiedenen Grundbuchblättern entgegengesetzte Eintragungen** finden; denn, da für das auf dem einen Grundbuchblatt eingetragene Recht die gleiche Vermutung sprechen würde, wie für das auf dem anderen Grundbuchblatte eingetragene, heben sich beide Vermutungen gegenseitig auf (RG 56, 60; vgl. auch Gruch 53, 847). Dies gilt besonders für den Fall, daß die nämliche Parzelle verschiedenen Eigentümern im Grundbuche (versehentlich) zugeschrieben (RG 56, 58, auch 11, 278; 13, 248; 29, 205; 39, 241; 39, 256; Gruch 33, 1069; JW 95, 458[23]; 00, 573[22]; KGJ 39 A 158), sowie auch dann, wenn die Parzelle für einen Eigentümer auf mehrere Grundbuchblätter eingetragen ist. In dem ersteren Falle muß derjenige, der das Eigentum an der Parzelle in Anspruch nimmt, zu seiner Legitimation nicht nur gegenüber dem anderen als Eigentümer Eingetragenen, sondern auch gegenüber jedem Dritten nachweisen, daß er nach den Grundsätzen des materiellen Rechtes über den Eigentumserwerb wirklich Eigentum an der Parzelle erworben hat (RG 56, 60, auch 39, 243; 39, 256; JW 95, 458[23]; Gruch 33, 1069). Ist die Parzelle deswegen doppelt gebucht, weil sie bei der Übertragung des Eigentums daran auf einen anderen nicht auf dem Grundbuchblatte des Stammgrundstücks gelöscht worden ist, so ist der Erwerber natürlich Eigentümer geworden. Aber auch er kann sich wegen seiner Eintragung als Eigentümer nicht auf die Vermutung des § 891 berufen, sondern muß ebenfalls seinen Eigentumserwerb nachweisen (vgl. jedoch RG 56, 61). In dem zweiten Falle ist z. B. von demjenigen, der aus einem für ihn auf dem einen Grundbuchblatte eingetragenen Rechte die Parzelle als Befriedigungsobjekt in Anspruch nimmt, nachzuweisen, daß die Parzelle ausschließlich zu dem mit seinem Rechte belasteten Grundstücke gehört. — Auch die Wirkung eines Rechtserwerbs in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs nach § 892 versagt in diesen Fällen; denn das Grundbuch umfaßt den gesamten Inhalt aller Grundbuchblätter, und daher kann das auf dem einen Grundbuchblatte Eingetragene insoweit nicht als richtig gelten, als auf einem anderen Grundbuchblatte Entgegengesetztes eingetragen ist (vgl. RG 13, 248; 29, 205; JW 00, 573[22]). In dem oben zuerst genannten Falle erlangt derjenige, der von dem als Eigentümer der doppelt gebuchten Parzelle Eingetragenen an der Parzelle das Eigentum übertragen oder ein begrenztes dingliches Recht bestellt erhält, nur dann das Eigentum oder das Recht an der Parzelle, wenn der Veräußernde wahrer Eigentümer der Parzelle ist. In dem zweiten Falle erwirbt, wenn der Eigentümer die Parzelle unter Ausnutzung der Doppelbuchung nacheinander an verschiedene Erwerber veräußert, derjenige das Eigentum, der das Grundstück erwirbt, zu dem die Parzelle wirklich gehört. Jedoch wird in der Regel anzunehmen sein, daß der Eigentümer die Parzelle dem ersten Erwerber, auch wenn sie bisher nicht zu dem betreffenden Grundstücke gehört hat, als zu dem Grundstück gehörig mitveräußert hat und, wenn dies der Fall ist, daß der erste Erwerber Eigentümer geworden ist.

Ein bei einer Eintragung vermerkter Widerspruch beseitigt die Vermutung nicht, denn er ist nur eine vorläufige Eintragung zum Schutze des angeblich außerhalb des Grundbuchs bestehenden Rechtes gegen die Wirkung gutgläubigen Erwerbs und hat für sich allein keine Beweiskraft gegenüber dem Rechte, gegen das er sich richtet; erst im Falle endgültiger Feststellung des gesicherten Rechtes erweist sich die Eintragung als unrichtig (str.).

5. Aus der **Vermutung, daß das eingetragene Recht dem Eingetragenen zusteht,** folgt, daß bis zum Beweise des Gegenteils (s. A 4) der als Berechtigter Eingetragene als wirklicher Berechtigter und das Recht als materiell bestehend gilt, wie es eingetragen ist. Der als Eigentümer Eingetragene kann alle Eigentumsansprüche geltend machen, insbesondere auch die Herausgabe der auf dem Grundbuchblatte verzeichneten Grundstücke (s. A 3 „tatsächliche Angaben") verlangen, ohne den Nachweis erbringen zu müssen, daß und auf welche Weise er das Eigentum daran erworben hat. Anderseits kann auch ohne weiteren Nachweis gegen ihn als Eigentümer geklagt und die Zwangsvollstreckung (§§ 866, 869 ZPO; § 17 ZVG) in die Grundstücke, auf die sein Eigentum eingetragen ist, betrieben werden (OLG 8, 186). Entsprechendes gilt auch hinsichtlich der eingetragenen begrenzten Rechte (s. auch A 4). — Voraussetzung für die Vermutung ist nicht, daß zur Entstehung oder zum Erwerbe des Rechtes die Eintragung notwendig war. Auch dann, wenn das Recht bereits außerhalb des Grundbuchs entstanden oder von dem Eingetragenen erworben war (z. B. das Eigentum nicht durch Auflassung, sondern auf Grund Erbfolge) und das entstandene Recht oder der Erwerb durch die Eintragung nur beurkundet worden ist (s. A 1), gilt die Vermutung (vgl. RG 2, 229; 28, 227). Jedoch besteht sie bei begrenzten dinglichen Rechten nur hinsichtlich des Rechtes selbst, nicht auch hinsichtlich des persönlichen Anspruchs, der etwa damit verbunden ist (s. RG 60, 249). Eine Ausnahmevorschrift hinsichtlich der Verkehrshypothekenforderung enthält § 1138 (s. RG 49, 8; 51, 45). Vgl. auch über Sonderbestimmungen für die Hypothek hinsichtlich des Erwerbs und der Geltendmachung die §§ 1117, 1141 Abs 1 Satz 2, 1148 (dazu s. RG 49, 8), 1155, 1160, 1161. — Darauf, daß der eingetragene Berechtigte geschäftsfähig oder unbeschränkt verfügungsfähig ist, erstreckt sich die Vermutung nicht, da nur

das Bestehen und der Erwerb des Rechtes vermutet werden soll. Dagegen erstreckt sie sich auch darauf, daß der Eingetragene Rechtspersönlichkeit besitzt (was z. B. in Betracht kommt, wenn es sich fragt, ob eine als Berechtigte eingetragene Stiftung im Hinblick auf die erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde Rechtspersönlichkeit erlangt hat); denn beim Fehlen der Rechtspersönlichkeit durfte das Recht nicht eingetragen werden (OLG 26, 73; vgl. **RG** 88, 88). Ergibt sich freilich aus dem Inhalt der Eintragung selbst, daß der Eingetragene nicht Rechtspersönlichkeit besitzt (ist z. B. für eine Polizeibehörde eine Baubeschränkung eingetragen), so liegt eine ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragung vor, so daß (s. A 3 Abs 1) die Vermutung nicht Platz greift (KGJ 39 A 210; vgl. **RG** 88, 88). — Für die Frage, ob ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück (z. B. eine Hypothek) zufolge eines Treuhandverhältnisses zur Konkursmasse eines anderen als des eingetragenen Eigentümers bzw. Rechtsinhabers zu ziehen ist oder als einem anderen wie dem eingetragenen Gemeinschuldner materiell und wirtschaftlich gehörend dem Aussonderungsanspruch des anderen (§ 43 KO) unterliegt, sowie ob im ersteren Falle dem Gläubiger einer Hypothek an dem Grundstück mit Rücksicht auf sein Absonderungsrecht zufolge der in § 64 KO angeordneten Beschränkung gegen die Konkursmasse nur ein Anspruch auf verhältnismäßige Befriedigung wegen des Ausfalls zusteht, hat § 891 Abs 1 keine Bedeutung (**RG** 91, 14). — Der zu Unrecht als Berechtigter Eingetragene kann nach § 900 durch Tabularersitzung das Recht erwerben.

6. Eine **Löschung** kann zur Beseitigung eines nicht entstandenen, unrechtmäßig eingetragenen Rechtes, also zur Berichtigung des Grundbuchs (§ 894), erfolgen, ferner zur Beurkundung des bereits außerhalb des Grundbuchs eingetretenen Erlöschens eines eingetragenen Rechtes, und weiter, wenn zur Aufhebung des eingetragenen Rechtes die Löschung erforderlich ist (s. § 875), zur Herbeiführung der Aufhebung. In allen diesen Fällen ist die Möglichkeit gegeben, daß trotz der Löschung das Recht bestehengeblieben ist, weil für die Löschung die materiellrechtlichen Grundlagen und Voraussetzungen tatsächlich nicht vorlagen (z. B. wenn der Gläubiger einer Hypothek, die durch Zahlungen eines früheren Eigentümers zur Eigentümergrundschuld geworden war, dem gegenwärtigen Eigentümer Löschungsbewilligung erteilt, **RG** Warn 1912 Nr 11). Zufolge einer solchen unrechtmäßigen Löschung gehen dingliche Rechte (vgl. dagegen bezüglich der Vormerkung § 886 A 3 Abs 2) nicht unter (**RG** 62, 100; 73, 174; Warn 1912 Nr 11), das Grundbuch wird hinsichtlich ihrer unrichtig und der Berechtigte kann im Wege des Berichtigungsverfahrens (§ 894) die Wiedereintragung verfolgen (**RG** Warn 1912 Nr 11; 13. 3. 09 V 470/08). Es streitet aber nach Abs 2 § 891 **gegen den bisher eingetragenen Berechtigten die Vermutung für das Nichtbestehen des Rechtes,** die er widerlegen muß, wenn er das Fortbestehen des Rechtes geltend macht (s. A 4). — Ferner kann das zu Unrecht gelöschte Recht gemäß § 901 durch Verjährung erlöschen. Weiter haben gelöschte Vermerke grundbuchlich kein rechtliches Dasein. Sie schließen einen Rechtserwerb (im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs) mit der Wirkung des § 892 Abs 1 Satz 1 nicht aus, zumal gerade zufolge der Löschung für den Erwerber die Annahme nahe liegt, daß das gelöschte Recht wirklich erloschen ist. Vielmehr kann demjenigen, der ein dem gelöschten Rechte entgegenstehendes Recht am Grundstücke erwirbt, das Fortbestehen des gelöschten Rechtes nur dann entgegengehalten werden, wenn er das Bestehen wirklich gekannt hat (vgl. **RG** 62, 100ff., auch Gruch 40, 1135). Es bleiben dann dem Berechtigten nur Schadensersatzansprüche (§§ 823, 251) gegen denjenigen, der die Löschung unrechtmäßig herbeigeführt hat (**RG** Warn 1912 Nr 11; 16. 3. 07 V 351/06). — Dies gilt jedoch für solche Rechte nicht, deren Eintragung zwar zulässig ist, die aber zum Entstehen und Fortbestehen nicht der Eintragung bedürfen (z. B. für eine Grundgerechtigkeit nach früherem preußischen Rechte, s. A 1); denn der öffentliche Glaube des Grundbuchs wirkt nur für und gegen solche Rechte, die zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfen (**RG** 62, 99, auch JW 97, 615[38]). Es müssen daher auch gutgläubige Erwerber das Fortbestehen solcher zu Unrecht gelöschter Rechte gegen sich gelten lassen. Auch steht ihnen nicht die Vermutung aus Abs 2 § 891 zur Seite (**RG** 62, 103).

§ 892

Zugunsten[1]) desjenigen[2]), welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte[3]) durch Rechtsgeschäft[4]) erwirbt[2]), gilt[5]) der Inhalt des Grundbuchs[6]) als richtig[7]), es sei denn[8]), daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen[9]) oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist[10]). Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person be-

schränkt[11]**), so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich**[12]**) oder dem Erwerber bekannt ist**[10]**).**

Ist zu dem Erwerbe des Rechtes die Eintragung erforderlich, so ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder, wenn die nach § 873 erforderliche Einigung erst später zustande kommt, die Zeit der Einigung maßgebend[13]**).**

E I 837, 844 II 810; M 3 208ff.; P 3 75 ff., 214 f., 588 f., 707 f.; 6 222, 386, 898.

1. Nur **zugunsten** des Erwerbers **wirkt der öffentliche Glaube des Grundbuchs**, nicht zu seinem Nachteil (Prot 3, 85). Der Erwerber ist nicht gehindert, bezüglich eingetragener Rechte, die er beim Erwerbe für bestehend gehalten hat, die aber tatsächlich nicht rechtsbeständig sind, die Rechtsunwirksamkeit der Eintragung und das Nichtbestehen der Rechte geltend zu machen (z. B. kann der Eigentumserwerber die Beseitigung eines nicht rechtsbeständigen Vorkaufsrechts gemäß § 894 verlangen, auch wenn er das Vorkaufsrecht als bestehend erachtet hat). Nicht aber hat „zugunsten" die Bedeutung, daß nur, wenn der Erwerber einen Erwerb in gutem Glauben für sich in Anspruch nimmt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt. Wenn z. B. auf Grund Kaufgeschäfts ein Grundstück von dem eingetragenen Nichteigentümer oder eine nicht rechtsbeständige Hypothek von dem als Gläubiger Eingetragenen auf den gutgläubigen Käufer übertragen wird, hat dieser als Eigentümer des Grundstücks bzw. als Gläubiger einer rechtsbeständigen Hypothek zu gelten, und hat der Verkäufer der ihm nach § 433 Abs 1 obliegenden Pflicht zur Verschaffung des Eigentums bzw. der Hypothek genügt auch dann, wenn der Käufer das Eigentum bzw. die Hypothek als eine rechtsbeständige nicht für sich in Anspruch nehmen möchte (vgl. **RG** 81, 266).

2. **Die Fiktion der Richtigkeit des Grundbuchinhalts gilt nur** zugunsten **desjenigen, der** im Sinne des § 892 ein Recht **erwirbt,** nicht zugunsten eines jeden. Ist daher ein Recht zu Unrecht gelöscht, so daß es außerhalb des Grundbuchs fortbesteht, so wird das Recht demjenigen gegenüber, der ein entgegenstehendes Recht ohne Kenntnis des Fortbestehens jenes Rechtes erwirbt, unwirksam (s. § 891 A 6); anderen gegenüber aber bleibt es bestehen. Ist z. B. eine erststellige Hypothek unrechtmäßig gelöscht, so kann die Wiedereintragung der Hypothek nur im Range nach einer Hypothek erfolgen, die inzwischen für einen gutgläubigen Dritten bestellt worden ist, während der Hypothekengläubiger, dessen Hypothek bereits eingetragen war, dulden muß, daß die Hypothek mit dem Range vor ihm eingetragen wird (s. § 875 A 5, 6, § 879 A 3). — Wenn allerdings das erworbene und das andere Recht derart in Widerstreit miteinander stehen, daß dieses beim Bestehen jenes gar kein rechtliches Dasein haben kann, so muß das andere Recht überhaupt untergehen; so z. B. eine zu Unrecht gelöschte Hypothek im Falle gutgläubigen Erwerbs des Eigentums seitens eines Dritten, da sie gegenüber diesem nicht zur Wiedereintragung und gegenüber den anderen Realberechtigten ohne Eintragung nicht zur Geltung gebracht werden kann (a. M. RJA 6, 243). — Für die Frage, ob ein Grundstück zufolge eines Treuhandverhältnisses zur Konkursmasse eines anderen als des als Eigentümer Eingetragenen zu ziehen ist oder als einem anderen wie dem als Eigentümer eingetragenen Gemeinschuldner materiell und wirtschaftlich gehörend dem Aussonderungsanspruch (§ 43 KO) des anderen unterliegt, sowie ob im ersteren Falle dem Gläubiger einer Hypothek an dem Grundstück gegen die Konkursmasse zufolge der im § 64 KO angeordneten Beschränkung wegen seines Absonderungsrechts nur ein Anspruch auf verhältnismäßige Befriedigung für den Ausfall zusteht, hat § 892 keine Bedeutung; es kommt nur auf die objektive Zugehörigkeit des Grundstücks im ersten und dritten Falle zu der Konkursmasse, im zweiten Falle zum Vermögen des die Aussonderung Beanspruchenden an, insbesondere im dritten Falle nicht auf den guten Glauben des Hypothekengläubigers an die Richtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich des Eigentums des als Eigentümer Eingetragenen, der für ihn die Hypothek bestellt hat (vgl. **RG** 91, 14).

Erwerber ist, wer das Recht des bisherigen Inhabers oder ein begrenztes Recht aus dem Rechte des Inhabers **für sich selbst erlangt.** Derjenige, dem lediglich die Verfügungsmacht hinsichtlich des Rechtes überkommt, ist nicht Erwerber. Daher können z. B. dem Konkursverwalter (vgl. § 6 KO) alle Einreden, die gegenüber dem Gemeinschuldner als Inhaber eines Rechtes hinsichtlich dessen Bestehens gegeben waren, entgegengehalten werden (vgl. **RG** 19, 62; Gruch 52, 1061). Gleiches gilt, wenn eine Hypothek nur zur Einziehung oder Einklagung abgetreten wird (**RG** 72, 379). Ferner ist nicht Rechtserwerber, der zwar einen persönlichen (schuldrechtlichen) Anspruch auf Bestellung oder Übertragung eines Rechtes hat (z. B. zufolge Kaufes), dem aber das Recht noch nicht gemäß § 873 bestellt oder übertragen worden ist (KGJ 26 A 252; 33 A 279; OLG 6, 98; vgl. A 10 Abs 2).

Die Fiktion gilt aber **auch zugunsten des Rechtsnachfolgers des Erwerbers,** da auf ihn das Recht so übergeht, wie es in der Hand des früheren Erwerbers bestand (Prot 3, 84;

OLG 2, 266). Selbst eine Schlechtgläubigkeit hinsichtlich des früheren Erwerbers schadet dem Rechtsnachfolger nicht. Denn zufolge der Fiktion gilt das von dem gutgläubigen Erwerber erworbene Recht mit dem buchmäßigen Inhalt und Range als wirklich bestehend, werden entgegenstehende Einreden hinfällig, erlöschen Rechte, die sich mit dem Rechte des Erwerbers nicht vereinigen lassen (vgl. oben), werden andere entgegenstehende Rechte dem Erwerber gegenüber unwirksam (z. B. das Eigentum des wahren Eigentümers gegenüber demjenigen, der vom Bucheigentümer eine Hypothek bestellt erhalten hat), und ist daher das Grundbuch bezüglich des betreffenden eingetragenen Rechtes nicht unrichtig (Prot 3, 84; OLG 2, 266). So wird z. B., wenn A von B eine diesem nicht gehörende Parzelle gutgläubig zum Eigentum erwirbt, von demjenigen, dem von A die Parzelle weiterübertragen wird, Eigentum erworben, auch wenn er wußte, daß B Eigentümer nicht war; denn das Eigentum des B besteht gegenwärtig nicht mehr und also ist dem Rechtsnachfolger des A nicht etwas bekannt, was das Grundbuch unrichtig machte. Ein weiteres Beispiel ist: wenn für A eine Hypothek bestellt ist, die wegen Nichtigkeit der Forderung (z. B. einer Kaufpreisforderung aus einem Bordellkauf) von A nicht als Hypothek erworben worden ist, B den A beerbt, darauf die Hypothek an den gutgläubigen C abtritt und dann den C beerbt, so daß die Hypothek wieder an ihn fällt, so besteht die Hypothek als solche rechtswirksam für B (**RG** Gruch 63, 485).

Daß der Erwerber als Berechtigter eingetragen sein muß, um sich auf seinen gutgläubigen Erwerb berufen zu können, ist vom Gesetze **nicht vorgeschrieben.** Ist zum rechtsgeschäftlichen Erwerbe des Rechtes die Eintragung nicht erforderlich (z. B. im Falle der Übertragung einer Briefhypothek nach § 1154 Abs 1), so ist der Erwerber in seinem gutgläubigen Erwerbe ebenfalls geschützt (M 3, 211).

Ob der Erwerber das Recht **gegen Entgelt oder unentgeltlich erworben** hat, **macht** hinsichtlich der Wirkung des gutgläubigen Erwerbes **keinen Unterschied** (M 3, 212; Prot 3, 84). Jedoch ist derjenige, der von einem als Berechtigter eingetragenen Nichtberechtigten ein Recht unentgeltlich erworben hat, gemäß § 816 Abs 1 zur Herausgabe des erlangten rechtlichen Vorteils gegenüber dem wahren Berechtigten verpflichtet (Prot 3, 82). Wenn also z. B. der Bucheigentümer an einem in Wahrheit dem B gehörenden Grundstücke für den gutgläubigen C eine Hypothek bestellt, so erwirbt C die Hypothek auch dann, wenn sie schenkungsweise bestellt ist, und B hat nur einen persönlichen Anspruch gegen C auf Übertragung oder (wenn B inzwischen als Eigentümer eingetragen worden ist) auf Wegschaffung der Hypothek. Hinsichtlich dieses Anspruchs ist B im Falle des Konkurses des C nur Konkursgläubiger (§ 3 KO); ein Aussonderungsrecht (§ 43 KO) steht ihm nicht zu.

3. Rechte an einem Grundstücke sind das Eigentum und die begrenzten dinglichen Rechte an einem fremden Grundstücke (s. § 873 A 6), und als **Rechte an den ein Grundstück belastenden Rechten** kommen Nießbrauch und Pfandrecht an Reallasten, Hypotheken und Grundschulden in Betracht. Es stehen also unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens der Erwerb z. B.: durch Übertragung des Eigentums seitens des Bucheigentümers, wobei der Erwerber sowohl gegenüber dem wahren Eigentümer als auch gegenüber zu Unrecht gelöschten Belastungen geschützt ist (s. A 1); durch Bestellung eines begrenzten dinglichen Rechtes (z. B. Dienstbarkeit, Hypothek) an dem Grundstücke seitens des Bucheigentümers; durch Übertragung eines solchen Rechtes sowie durch Bestellung eines Nießbrauchs oder Pfandrechts an einer Reallast, Hypothek oder Grundschuld seitens des Inhabers dieser Rechte. — Auf das bei ungeteilter Erbengemeinschaft einem Miterben zustehende Anteilsrecht findet § 892 keine Anwendung, auch nicht, wenn die Erben als Eigentümer im Grundbuch eines Nachlaßgrundstücks eingetragen sind; denn das Anteilsrecht besteht nur am ganzen Nachlaß, ein Recht am Grundstück ist es nicht. Wird daher z. B. das Recht mehrmals nacheinander abgetreten, so geht der erste Erwerber vor, auch wenn der zweite in gutem Glauben war (KGJ 40 A 169). — Auf den Erwerb an einem Recht (z. B. einer Hypothek), das durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks gemäß § 91 ZVG erloschen ist, findet § 892 keine Anwendung, da das nach § 92 ZVG an die Stelle des erloschenen Rechtes tretende Recht auf den Versteigerungserlös kein Recht am Grundstücke ist (**RG** 76, 377). Dies gilt insbesondere im Falle der Abtretung einer Hypothek auch dann, wenn die Hypothek noch nicht gelöscht ist (vgl. § 130 ZVG) und der Erwerber nach dem Zuschlag als Gläubiger eingetragen wird oder bei einer Briefhypothek den Hypothekenbrief übergeben erhält. Der Erwerber kann sich (z. B. hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit der Hypothek oder des Bestehens der Forderung [vgl. § 1138]) nicht auf den Glauben des Grundbuchs berufen, da dieses durch den Versteigerungsvermerk auf die Möglichkeit der Erlöschung der Hypothek infolge Zuschlags hinweist, auch der Versteigerungstermin öffentlich bekanntgemacht und der Zuschlag verkündet wird (**RG** 76, 378).

Der Erwerb ist nur dann geschützt, wenn die Rechte, die übertragen oder mit einem Rechte für den Erwerber belastet werden, **im Grundbuche eingetragen sind.** Denn die Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs besteht, abgesehen von der Gewährleistung

der Vollständigkeit des Grundbuchs, darin, daß zugunsten des Erwerbers der grundbuchmäßige Inhalt des übertragenen oder belasteten Rechtes als richtig gilt. Beruhen die Rechte auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, so bedürfen sie auch der Eintragung, um zur Entstehung gelangen zu können (§ 873 Abs 1). Wird über ein Recht verfügt, bevor es eingetragen ist, und wird daher die Verfügung erst mit der Eintragung des Rechtes wirksam (z. B. wenn von einer als Briefhypothek bestellten, aber noch nicht eingetragenen Hypothek ein Teilbetrag mit einer die Briefübergabe ersetzenden Vereinbarung gemäß § 1117 Abs 2 im voraus abgetreten ist, oder wenn eine im voraus abgetretene Hypothek gleich für den Erwerber eingetragen ist), so findet auf diesen Erwerb § 892 keine Anwendung (z. B. gilt in dem zuerst genannten Falle die etwa nicht zur Entstehung gelangte Hypothekenforderung nicht nach §§ 892, 1138 zugunsten des Erwerbers als bestehend; vgl. RG 74, 416, wo allerdings als Grund angenommen ist, daß der Erwerber auf die Richtigkeit des Grundbuchs nicht vertraut haben könne; ferner die letztere Entscheidung bestätigend RG 92, 254 mit der Begründung, für die Frage der Anwendbarkeit des § 892 komme es nur auf die Zeit der Erwerbshandlung an [nicht auf den Zeitpunkt der Entstehung der im voraus — zum Teil — abgetretenen Hypothek durch deren Eintragung], die Erwerbshandlung habe sich aber bereits durch die Abtretung der Hypothek als eines künftigen Rechtes und die Vereinbarung gemäß § 1117 Abs 2 vollzogen, und zu dieser Zeit sei von einer Eintragung im Grundbuche noch keine Rede gewesen). — Es gibt aber auch Rechte, die ohne Eintragung als dingliche Grundstücksbelastungen bestehen. Sie können entstehen oder vor Inkrafttreten des BGB entstanden sein teils kraft Gesetzes (Reichsgesetz oder Landesgesetz), teils ebenfalls auf Grund Rechtsgeschäfts, und ferner scheiden sie sich in solche, die von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen sind, und in eintragbare (s. Vorbem 2 vor § 873). Weiter gibt es dingliche Grundstücksbelastungen, die auf nicht rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhen, die aber zur Entstehung der Eintragung bedürfen (s. § 873 A 1). Sind die letzteren zur Eintragung gelangt, so steht der Erwerb zufolge ihrer Übertragung oder ihrer Belastung gleichfalls unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens. In Betracht kommen in dieser Hinsicht: die auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts auf Grundstücke des Vormundes, Pflegers oder Beistandes einzutragende Sicherungshypothek (§§ 1844, 1915, 1693; FGG § 54); die Zwangs- und Arresthypothek (§§ 866f., 932 ZPO); die auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts einzutragenden Sicherungshypotheken für Forderungen gegen den Ersteher (§ 128 Abs 3 ZVG). — Auf den Erwerb zufolge Übertragung oder Belastung nicht eintragungsfähiger Rechte findet § 892 auch dann keine Anwendung, wenn diese Rechte (versehentlich) eingetragen worden sind. Denn nur die Richtigkeit des zulässigen Inhalts des Grundbuchs kann durch den öffentlichen Glauben gewährleistet werden (RG 62, 101). Dahin gehören auch die gesetzlichen Überbau- und Notwegrenten, die nach §§ 914 Abs 2, 917 Abs 2 nicht eingetragen werden (RG 62, 101, s. § 914 A 3). — Jedoch auch auf den Erwerb an solchen Rechten, die zur Wirksamkeit überhaupt und insbesondere gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen, aber eingetragen werden können (z. B. früher entstandene Grunddienstbarkeiten nach preußischem Recht, § 12 Abs 1 PrEG v. 5. 5. 72, Art 187 Abs 1 EG, vgl. RG 62, 99; 93, 64; Rechte, die auf Grund der Vorbehalte in Artt 67, 109, 114 EG landesgesetzlich bestehen, vgl. RG 6, 292; 44, 243; 62, 102; Gruch 47, 396), findet § 892 selbst dann keine Anwendung, wenn die Rechte eingetragen sind. Denn der öffentliche Glaube des Grundbuchs wirkt nur für und gegen solche Rechte, die zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfen, da durch Unterlassung der gestatteten Eintragung solcher dinglichen Rechte, die zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte der Eintragung nicht bedürfen, das Grundbuch weder unvollständig noch unrichtig wird (RG 62, 99; 93, 65; auch RG 28, 326; JW 97, 615[38]; KGJ 27 A 115, sowie § 1018 A 5). Daher hat ein solches Recht, wenn es nach erfolgter Eintragung versehentlich gelöscht war, trotz der Löschung einem dritten Erwerber des belasteten Grundstücks gegenüber als bestehend zu gelten, auch wenn der Erwerber von ihm keine Kenntnis gehabt hat (vgl. RG 6, 292; 62, 99; 93, 65; KGJ 27 A 115), und hat eine solche Grunddienstbarkeit, wenn sie nach erfolgter Eintragung auf dem herrschenden Grundstück zufolge Eintritts eines außerhalb des Grundbuchs liegenden Aufhebungsgrundes erloschen war, dem dritten es noch für bestehend erachtenden Erwerber des herrschenden Grundstücks gegenüber auch dann für erloschen zu gelten, wenn die Löschung nicht erfolgt war (vgl. RG 93, 65; JW 1897, 615[38]). Ferner ist, wenn eine solche Grunddienstbarkeit vor Inkrafttreten des BGB mit einem unrichtigen oder unvollständigen Inhalt eingetragen worden ist, sie gegenüber dem dritten Erwerber des dienenden Grundstücks, mag er auch auf den Inhalt des Grundbuchs vertraut haben, doch mit dem richtigen oder vollständigen Inhalt nach Maßgabe des Begründungstitels wirksam (RG 93, 63). — Dazu gehören nicht der Nießbrauch aus § 1075 und die Sicherungshypotheken aus § 1287 Satz 2 und ZPO § 848 Abs 2. Sie entstehen zwar nicht auf rechtsgeschäftlicher Grundlage und bedürfen zur Entstehung an sich nicht der Eintragung (s. § 873 A 1), sind aber der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs durch das

Gesetz nicht entzogen, unterliegen daher den Bestimmungen des § 892 und können deshalb, wenn sie nicht eingetragen sind, nur bösgläubigen Erwerbern entgegenstehender Rechte entgegengehalten werden. Demnach wird der Erwerb an den genannten Sicherungshypotheken (der Nießbrauch scheidet hier aus, weil er nicht übertragbar und daher auch nicht belastbar ist), wenn sie eingetragen sind, gemäß § 892 geschützt. — Solche dinglichen Rechte, die vor Inkrafttreten des BGB zwar an sich entstanden waren, aber zur Wirksamkeit gegen Dritte, gleichviel, ob sie diesen bekannt waren oder nicht, der Eintragung bedurften (vgl. für Preußen § 12 EEGes.), sind nur in diesem unvollkommenen Rechtszustande bestehengeblieben und werden gegen den Erwerb eines Dritten erst geschützt, wenn sie gemäß Art 184 EG zur Eintragung gebracht sind (**RG** 66, 28; 87, 178; JW 04, 282[1], vgl. § 873 A 6, auch **RG** 55, 315; 56, 13; 74, 60).

Ist ein eintragungsbedürftiges Recht (z. B. eine Hypothek) zu Unrecht gelöscht, so kann vor seiner Wiedereintragung, auch wenn diese durch einen Widerspruch (§§ 894, 899) gesichert ist, ein geschützter Erwerb daran nicht in Frage kommen, da das Recht nach § 873 ohne Eintragung nicht rechtsgeschäftlich übertragen oder belastet werden kann. — Durch die Eintragung einer Vormerkung wird weder ein „Recht" am Grundstück erworben, noch der vorgemerkte persönliche Anspruch zu einem solchen geschaffen, an dem ein „Recht" im Sinne des § 892 erworben werden kann. Vgl. hierüber § 883 A 8 „öffentlicher Glaube des Grundbuchs" und § 886 A 3 Abs 2. — Durch die Eintragung von Widersprüchen wird ebenfalls kein „Recht" am Grundstücke oder an einer Grundstücksbelastung erworben, da die Widersprüche nur zur vorläufigen Sicherung uneingetragener dinglicher Rechte dienen (vgl. RJA 4, 50).

4. **Das Rechtsgeschäft, wodurch ein geschützter Erwerb bewirkt wird,** ist nicht ein Rechtsgeschäft, das einen persönlichen Anspruch auf Einräumung oder Übertragung eines Rechtes (z. B. Kauf, Schenkung) begründet, insbesondere nicht das (schuldrechtliche) Grundrechtsgeschäft im Sinne von § 873 A 7b, sondern die (dingliche) **Einigung über Änderung des Rechtsstandes eines Grundstücks,** also über Übertragung des Eigentums, Belastung des Grundstücks mit einem dinglichen Recht und Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes (s. A 3) zwischen dem Inhaber des Rechtes und dem Erwerber, die gemäß §§ 873, 877, 925, 1154, 1192, 1200 Abs 1 zur Herbeiführung der Rechtsänderung erforderlich ist (KGJ 33 A 279; OLG 6, 98). Der persönliche (schuldrechtliche) Anspruch auf eine Rechtsänderung steht nicht unter dem Schutze; auch dann nicht, wenn er durch Vormerkung gesichert ist (s. A 3). Wegen anderer eine Verfügung über das Recht enthaltender Rechtsgeschäfte, die nach § 893 den Vorschriften des § 892 unterliegen, vgl. § 893 A 3.

Das Rechtsgeschäft **braucht nicht die alleinige Grundlage des Erwerbs zu sein**; es genügt, wenn das Rechtsgeschäft eine von mehreren zum Erwerbe erforderlichen Grundlagen ist. Tatsächlich muß auch stets noch ein anderer rechtswirkender Umstand zu dem Rechtsgeschäfte hinzutreten, um den Erwerb zu vollziehen. In der Regel ist dieser Umstand die Eintragung des Erwerbs (s. §§ 873, 877). In den Ausnahmefällen aber, in denen sich der rechtsgeschäftliche Erwerb ohne Eintragung vollziehen kann, bedarf es zum Schutze des Erwerbs der Eintragung nicht, wenn der andere rechtswirkende Umstand (z. B. bei der Übertragung einer Briefhypothek gemäß § 1154 Abs 1 die Übergabe des Briefes) hinzugetreten ist (s. A 2).

Daß der veräußernde Rechtsinhaber anderseits **eingetragen** sein muß, ist vom materiellen Rechte **nicht vorgeschrieben** (s. M 3, 211). Daher steht unter dem Schutze auch der Erwerb, der sich von einem Nichteingetragenen herleitet, sofern nur dieser der wirkliche Berechtigte ist. Allerdings soll der Passivbeteiligte nach § 40 Abs 1 GBO, sofern nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 40 Abs 2, 41 GBO vorliegt (z. B. der Passivbeteiligte den Brief über die zu übertragende Briefhypothek besitzt oder Erbe des eingetragenen Berechtigten ist), eingetragen sein. Die Nichtbeachtung dieser Ordnungsvorschrift hindert aber den Rechtserwerb nicht. Jedoch wirkt der öffentliche Glaube des Grundbuchs im Falle fehlender Eintragung in der Regel nicht in gleichem Maße, wie wenn der Passivbeteiligte als Berechtigter eingetragen gewesen wäre. Ist der Passivbeteiligte eingetragen, so gilt zugunsten des Erwerbers das betreffende Recht nicht nur als in der Hand des Rechtsvorgängers des Passivbeteiligten mit dem buchmäßigen Inhalte wirklich entstanden, sondern auch als auf den Passivbeteiligten wirksam übertragen. Letztere Wirkung tritt bei fehlender Eintragung nicht ein; der angebliche Übergang wird nicht als richtig gewährleistet (M 3, 211). Der Erwerb ist nur dann wirksam, wenn der nicht eingetragene Passivbeteiligte wirklicher Berechtigter ist. — Anderseits steht dem Erwerber, sofern letzteres der Fall ist, der öffentliche Glaube so zur Seite, wie wenn er das Recht von dem eingetragenen Rechtsvorgänger des Passivbeteiligten unmittelbar erworben hätte; also auch dann, wenn der Passivbeteiligte selbst sich auf den öffentlichen Glauben nicht hätte berufen können. Zum Beispiel könnte der als Erbe Rechtsinhaber gewordene Passivbeteiligte, wenn das Recht seines als Berechtigter eingetragenen Erblassers nicht bestände, auch im Falle der Gutgläubig-

keit das erworbene Recht nicht als bestehend in Anspruch nehmen, da sein Erwerb nicht auf Rechtsgeschäft beruht, er auch in die gesamten Rechtsverhältnisse des Erblassers eintritt. Dagegen gilt zugunsten des (zweiten rechtsgeschäftlichen) Erwerbers das Recht des Erblassers als bestehend. — Im Falle der rechtsgeschäftlichen Sondernachfolge allerdings gilt dieses auch schon zugunsten des Passivbeteiligten, z. B. wenn ihm ein verbrieftes hypothekarisches Recht durch schriftliche Zession und Briefübergabe gemäß §§ 1154 Abs 1, 1192, 1200 Abs 1 übertragen worden ist. Ist bei der Übertragung eines solchen Rechtes die Abtretungserklärung öffentlich beglaubigt oder liegt der Übertragung eine der in § 1155 Satz 2 bezeichnete Urkunden zugrunde, so besteht nach § 1155 Satz 1 die Besonderheit, daß der Sondernachfolger als eingetragen gilt (vgl. auch § 40 Abs 2 GBO). Daher wird in diesem Falle dem (zweiten) Erwerber auch der Übergang auf den Passivbeteiligten als richtig gewährleistet. Vgl. ferner für den Fall des Übergangs zufolge Erbschaft und, wenn der Passivbeteiligte im Besitze eines Erbscheins ist, § 2366 (öffentlicher Glaube des Erbscheins).

Zugunsten eines Erwerbs, der nicht auf Rechtsgeschäft beruht, wirkt der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht. Daher fällt **nicht unter § 892 ein Erwerb, der kraft Gesetzes eintritt.** Die Frage, in welchen Fällen ein Erwerb kraft Gesetzes stattfindet, entscheidet sich nach gleichen Gesichtspunkten, wie die Frage, in welchen Fällen es zur Änderung des Rechtsstands eines Grundstücks, insbesondere zum Übergange des Grundeigentums auf einen anderen, nicht einer Einigung (hinsichtlich des Eigentumsübergangs einer Auflassung) und auch nicht der Eintragung bedarf, sondern die Rechtsänderung zufolge gesetzlicher Vorschrift sich ohne weiteres vollzieht. Vgl. hierüber das Nähere in § 873 A 1, § 925 A 1, 2. Als gesetzliche Erwerbsarten nach dem BGB sind hier besonders hervorzuheben: die Erbfolge (§§ 1922, 1937, 1941; s. dazu **RG** 22, 340; 36, 295; Gruch 47, 668), die Erwerbung der ehemännlichen und elterlichen Nutznießung (§§ 1363, 1649), der Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1438 Abs 2, 1485 Abs 3, 1519 Abs 2; s. dazu **RG** Gruch 47, 667), die dem Erbanfalle gleichstehenden Fälle des Erwerbs von Vermögen aufgelöster Vereine und Stiftungen seitens des Fiskus (§§ 45ff., 88). — Auch soweit in diesen Fällen dem Erwerbe ein Rechtsgeschäft zugrunde liegt, z. B. bei der Erbfolge eine letztwillige Verfügung oder ein Erbvertrag (§§ 1937, 1941), bei der ehelichen Gütergemeinschaft ein Ehevertrag (§ 1437), erfolgt doch der Erwerb nicht „durch" ein solches Rechtsgeschäft. Denn das Rechtsgeschäft wirkt nicht unmittelbar bei dem Erwerbe mit, sein Zweck und Inhalt ist nicht darauf gerichtet, Vermögensgegenstände zu veräußern, sondern es ist nur, wiewohl es seinem Wesen nach an sich die Verschaffung eines Erwerbs nicht zum Gegenstande hat, doch durch besondere gesetzliche Vorschrift als Bedingung dafür gesetzt, daß sich ein Erwerb ohne weiteren Übertragungsakt vollzieht. Aus gleichem Grunde erfolgt in den Fällen, in denen eine Forderung oder eine Hypothek aus Anlaß eines Rechtsgeschäfts, wie der Befriedigung des Gläubigers (§§ 268, 426, 774, 1143, 1163, 1164, 1173, 1174, 1182) oder des Verzichts des Hypothekengläubigers auf die Hypothek (§ 1168), auf einen anderen als den bisherigen Gläubiger übergeht, der Erwerb nicht „durch" Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes. Gleiches gilt weiter für die Fälle der §§ 1075 Abs 1, 1287 Satz 2, wonach beim Nießbrauch und beim Pfandrecht an einer Forderung der Nießbraucher oder der Pfandgläubiger mit der Leistung des Schuldners den Nießbrauch oder das Pfandrecht an dem geleisteten Gegenstande erwirbt. Demnach kann in allen diesen Fällen, soweit es sich dabei um den Erwerb des Grundeigentums oder eines begrenzten dinglichen Rechtes am Grundstücke oder eines Rechtes an solchen Rechten handelt, dem Erwerber, auch wenn er gutgläubig ist, das Nichtbestehen des betreffenden Rechtes entgegengehalten werden. — Jedoch ergibt sich für die Fälle, in denen zufolge einer Leistung ein Erwerb kraft Gesetzes eintritt, eine Ausnahme aus § 893 dahin, daß, wenn die Leistung gutgläubig an den als Berechtigter Eingetragenen (dem im Falle einer Briefhypothek der gemäß § 1155 legitimierte Besitzer des Briefes gleichsteht) bewirkt wird, der Berechtigte zugunsten des Erwerbers als der wirkliche Berechtigte gilt. Es erfolgt also hier trotz Leistung an den Nichtberechtigten der Übergang des Rechtes mit Wirksamkeit gegenüber dem wahren Berechtigten. — Im übrigen wird die Rechtslage auch dann nicht geändert, wenn lediglich aus Anlaß der den Übergang kraft Gesetzes bewirkenden Tatsache ein (zum Übergange nicht erforderlicher) rechtsgeschäftlicher Übertragungsakt (z. B. die Abtretung einer dem Eigentümer bereits zugefallenen Hypothek) zwischen den Beteiligten getätigt wird. Denn ein solches Rechtsgeschäft hat nur die Bedeutung einer Bestätigung sowie gegebenenfalls einer Beurkundung des bereits vollzogenen Erwerbs. Miterben allerdings können, weil ihnen vor der Teilung nur ein Anteilsrecht an dem gesamten Nachlasse zusteht (§ 2033), einzelne zum Nachlasse gehörende Rechte nur auf Grund rechtsgeschäftlicher Übertragung seitens der anderen Miterben (z. B. das Eigentum an einem Nachlaßgrundstücke nur auf Grund Auflassung) erwerben (s. § 925 A 2). Aber trotz dieses Übertragungsakts steht ihnen nicht der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite; denn sie erlangen das Recht nicht „ausschließlich durch" den Übertragungsakt, sondern vor allem aus dem Rechtsgrunde des gesetzlichen Übergangs des Nachlasses an sie zusammen mit den anderen Miterben (vgl.

RG 22, 340; Gruch 47, 667). — Hat aber der Erbe bereits zu Lebzeiten des Erblassers von diesem ein Recht gutgläubig durch Rechtsgeschäft erworben, so bleibt er auch dann geschützt, wenn er demnächst den Erblasser beerbt, insbesondere gilt auch fernerhin das für den Erblasser eingetragene, tatsächlich aber nicht entstandene Recht zu seinen Gunsten als wirklich bestehend; nur ein etwa gegen den Erblasser wegen der unrechtmäßigen Eintragung dem Verletzten gegebener persönlicher Anspruch kann gemäß § 1967 auch gegen ihn (und seine etwaigen Miterben) gegeben sein (vgl. RG 22, 340; Gruch 32, 1085). — Nicht hierher gehören die Verträge, wodurch ein Vermögen übernommen wird (§ 419 BGB; § 25 HGB). Sie unterstehen dem Rechte der Schuldverhältnisse und gewähren nur, wie andere schuldrechtliche Verträge, einen persönlichen Anspruch auf Übertragung der einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenstände. Erworben wird durch sie nichts, vielmehr bedarf es zum Erwerbe, wie sonst, eines rechtsgeschäftlichen Übertragungsakts, einer dinglichen Einigung. Sind auf letzterem Wege Grundstücksrechte auf den Übernehmer übertragen, so ist er bei Gutgläubigkeit in seinem Erwerbe geschützt. Allerdings haftet er für die Verbindlichkeiten des Veräußerers. Aber aus dieser Haftung folgt nur, daß im Falle des Nichtbestehens des Rechtes des Veräußerers ein etwa gegen diesen für den Verletzten bestehender persönlicher Anspruch (z. B. auf Beseitigung der Belastung) möglicherweise auch gegen den Übernehmer geltend gemacht werden kann; die dingliche Rechtsänderung wird jedoch, auch wenn dies gegeben ist, dadurch an sich nicht berührt, z. B. bleibt der Übernehmer Eigentümer des ihm aufgelassenen, dem Veräußerer nicht gehörenden Grundstücks oder Inhaber einer für den Veräußerer zu Unrecht eingetragenen Hypothek (str.; a. M. KGJ 22 A 145). — Gleiches gilt von dem Erbschaftskäufer gemäß § 2374. Auch der Vermächtnisnehmer hat gemäß § 2174 nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben auf Übertragung des Vermachten.

Soweit **eine Behörde befugt ist, um eine Eintragung zu ersuchen** (§ 39 GBO), kommt nirgends ein Erwerb durch Rechtsgeschäft in Frage. Vgl. § 941 ZPO, § 130 ZVG, §§ 1844, 1815, 1693 BGB, § 54 FGG, Art 91 EG. Falls vor dem Vollstreckungsgerichte eine Änderung des Inhalts eines bestehenbleibenden Rechtes oder die Eintragung eines neuen Rechtes bewilligt wird, so erfolgt die Eintragung, wenn die Urkunden dem Grundbuchamte seitens des Vollstreckungsgerichts zugehen, allerdings auf Grund eines Rechtsgeschäfts. Aber das Vollstreckungsgericht übermittelt hier nur die Urkunden; zu einem Ersuchen um die Eintragung der bewilligten Rechtsänderung ist es nicht befugt (KGJ 22 A 157).

Ferner steht nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (nach Abs 1 Satz 1 oder hinsichtlich einer Verfügungsbeschränkung nach Abs 1 Satz 2; RG 84, 281; 90, 338; s. A 11) ein **Erwerb** von Rechten an Grundstücken **im Wege der Zwangsvollstreckung** oder der **Arrestvollziehung** (RG 68, 153; 72, 271; 90, 338; RJA 1, 30), insbesondere: der Erwerb, der sich durch Pfändung oder durch Überweisung an Zahlungs Statt bezüglich Reallasten und hypothekarischer Rechte (§§ 830, 835—837, 857 Abs 6 ZPO) vollziehen kann (RG 59, 315; 90, 338; JW 02 Beil 272); der Erwerb durch Eintragung einer Zwangs- oder Arresthypothek (§§ 866f., 932 ZPO; RG 54, 105; 84, 281; RJA 1, 30; OLG 15, 232; KGJ 49, 184; als besonderes Beispiel ist in dieser Hinsicht anzuführen: wenn Miterben vor erfolgter Auseinandersetzung irrtümlich ohne Auflassung [s. § 925 A 2] als Miteigentümer nach Bruchteilen eingetragen worden sind und der Gläubiger eines der Miterben auf dessen Bruchteil eine Zwangshypothek hat eintragen lassen, so hat der Gläubiger auch im Falle seiner Gutgläubigkeit kein Recht an dem Grundstück erworben, während, wenn der Miterbe an seinem Bruchteil rechtsgeschäftlich eine Hypothek bestellt hat, für den gutgläubigen Hypothekengläubiger die Hypothek rechtswirksam ist und an dem Bruchteil auch dann bestehen bleibt, wenn demnächst das Grundbuch durch Eintragung der Erbengemeinschaft berichtigt wird; KGJ 51, 224); die Erlangung einer Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung (RG 68, 151; KGJ 33 A 279; OLG 15, 232), welch letzterer Erwerb übrigens auch schon deshalb von dem öffentlichen Glauben ausgeschlossen ist, weil die Vormerkung kein Recht ist (s. A 1, KGJ 33 A 279); und weiter auch der Erwerb einer Sicherungshypothek gemäß § 848 Abs 2 ZPO, da hier der mit dem Übergange des Grundeigentums auf den Schuldner sich vollziehende Erwerb eine Fortwirkung von Zwangsvollstreckungsmaßregeln ist. Dagegen findet nach Erwerb des Rechtes in diesen Fällen, ausgenommen die Vormerkung, auf einen späteren rechtsgeschäftlichen Erwerb an dem Rechte (weitere Übertragung oder Belastung des Rechtes) § 892 Anwendung (Prot 3, 79, s. A 3). — Für die Zwangsversteigerung gelten besondere Regeln. Nach §§ 90, 91, 37 Nr 4, 5, §§ 52, 57ff. ZVG erwirbt der Ersteher durch den Zuschlag das Grundstück frei von allen Belastungen, die nicht nach den gesetzlichen oder vereinbarten Versteigerungsbedingungen bestehenbleiben sollen, und er erwirbt das Eigentum nach Maßgabe der Versteigerungsbekanntmachung und des Zuschlagsbeschlusses selbst dann, wenn das Grundstück einem andern als dem Schuldner gehört und ihm dies bekannt ist (RG 45, 284; 72, 271; JW 00, 452[35]; 00, 480[64]; [1911, 211[5]]; Warn 1910 Nr 41; Gruch 44, 1006; 55, 1116).

Wird die Einigungserklärung des Passivbeteiligten durch Urteil gemäß § 894 ZPO ersetzt, so ist der daraufhin erfolgte Erwerb des anderen Teiles nach § 898 ZPO ebenso geschützt, wie bei einer freiwilligen Einigung.

5. **Es gilt** der Inhalt des Grundbuchs als richtig. Danach ist im Falle gutgläubigen Rechtserwerbs gegen die nach § 891 bestehende Vermutung, daß ein eingetragenes Recht dem als Berechtigter Eingetragenen zusteht (s. § 891 A 5), und daß ein gelöschtes Recht nicht besteht (s. § 891 A 6), der an sich zulässige Gegenbeweis (s. § 891 A 4) hier zugunsten des Erwerbers ausgeschlossen (vgl. **RG** 49, 8; 86, 356). Im Wege der Fiktion wird also materielles Recht geschaffen. Wenn das Recht des Übertragenden oder Belastenden nicht besteht, so daß der Erwerber ein Recht an sich nicht erwerben könnte, wird vermöge der Fiktion, daß jenes Recht bestehe, das Veräußerte als ein Recht erworben (z. B. das Eigentum oder eine Hypothek am Grundstück, auch wenn der Veräußernde bzw. der Hypothekbesteller nicht wahrer Eigentümer war; vgl. **RG** 69, 268; 73, 127; 85, 63; RJA 6, 241). Wenn ein zu Unrecht gelöschtes noch bestehendes Recht eines Dritten dem Rechte des Veräußerers vorgeht, so daß der Erwerber ein Recht nur mit der daraus sich ergebenden Einschränkung erwerben könnte, wird vermöge der Fiktion, daß das Recht des Dritten nicht bestehe, das erworbene Recht frei davon (z. B. das erworbene Eigentum frei von einer zu Unrecht gelöschten Hypothek). Die Fiktion gilt nur dann nicht, wenn einer der beiden Ausnahmefälle, eingetragener Widerspruch oder Kenntnis der Unrichtigkeit, vorliegt. — Über die gleiche Bedeutung des Wortes „gilt" in anderen Fällen vgl. die §§ 1141 Abs 1 Satz 2, 1148 Satz 1, und über die Wirkung der Fiktion auch zugunsten des Rechtsnachfolgers des Erwerbers vgl. A 2 „Rechtsnachfolger". — Zufolge der Fiktion ist derjenige, der von einem im Grundbuch als Berechtigter Eingetragenen, in Wirklichkeit Nichtberechtigten ein Recht am Grundstück oder ein Recht an einem das Grundstück belastenden Rechte gutgläubig durch Rechtsgeschäft erworben hat, nicht nur gegen dingliche, sondern auch gegen schuldrechtliche (persönliche) Ansprüche des nicht eingetragenen wahren Berechtigten wegen des dessen Recht beeinträchtigenden Erwerbs geschützt (M 3, 225). Insbesondere steht dem wahren Berechtigten, auch wenn der Erwerber aus Fahrlässigkeit über die Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts in Unkenntnis gewesen ist (er z. B. aus Fahrlässigkeit nicht gewußt hat, daß der Bucheigentümer, von dem er sich eine Hypothek hat bestellen lassen, nicht wahrer, sondern nur Scheineigentümer sei), ein Schadensersatzanspruch aus § 823 gegen den Erwerber nicht zu (**RG** 85, 61; 90, 397). Nur ein Bereicherungsanspruch auf Herausgabe nach Maßgabe des § 816 Abs 1 Satz 2 (wenn die Verfügung des Nichtberechtigten unentgeltlich erfolgt ist) kann für den wahren Berechtigten gegen den Erwerber gegeben sein (Prot 3, 82; **RG** 85, 64).

6. Unter dem **Inhalte des Grundbuchs,** der als richtig gelten soll, ist zu verstehen einmal der nach Grundbuchsystem zulässige Inhalt, und sodann die Gesamtheit der Einschreibungen, die auf den Rechtsstand des Grundstücks Bezug haben. Aber auch nur diese. Rechtliche Vorgänge außerhalb des Grundbuchs bleiben für die Frage des Rechtserwerbs in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs außer Betracht. So z. B. kann derjenige, an den der Grundstückseigentümer eine Sicherungshypothek, über die der Gläubiger Löschungsbewilligung nebst Anerkenntnis der Zahlung erteilt hat, aber nur in Erwartung der tatsächlich nicht erfolgten Zahlung, unter Umwandlung der angeblich zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothek in eine Verkehrshypothek für ein Darlehn (§ 1198) abgetreten hat, sich nicht auf Rechtserwerb in gutem Glauben an die Gläubigerschaft des abtretenden Grundstückseigentümers berufen, wenn dieser nicht im Grundbuch als Gläubiger der aus der Sicherungshypothek (auf die § 1155 keine Anwendung findet, da es sich nicht um eine Briefhypothek handelt) (angeblich) entstandenen Eigentümergrundschuld eingetragen war (**RG** 86, 353). Dies gilt auch dann, wenn die Abtretung in das Grundbuch eingetragen und dabei vermerkt worden ist, es sei die zunächst als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangene Sicherungshypothek in eine Hypothek für eine Forderung aus Darlehn umgewandelt; denn hierin ist nicht die Einschreibung des Eigentümers als Gläubiger unter Nennung seines Namens zu erblicken (**RG** 86, 355). — Das unzulässigerweise Eingeschriebene ferner muß rechtlich als im Grundbuche nicht existierend gelten und kann daher nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs als richtig gewährleistet werden. Dies gilt insbesondere von Eintragungen, die ihrem Inhalte nach sich als unzulässig darstellen und daher nach § 54 Abs 1 Satz 2 GBO vom Grundbuchamt von Amts wegen gelöscht werden können und müssen (**RG** 88 S. 27 u. 87). So z. B. kann der Erwerber einer Hypothek, die auf den Anteil eines Miterben an dem der ungeteilten Erbengemeinschaft gehörigen Grundstück entgegen der Vorschrift des § 1114 eingetragen worden ist (s. § 1114 A 1), sich nicht auf seinen guten Glauben an die Rechtsbeständigkeit der Hypothek berufen (**RG** 88, 27). Auch folgt daraus, daß nicht unter dem öffentlichen Glauben stehen **nicht eintragungsfähige** und auch gegen Dritte nicht wirkende **Rechte** (s. Vorbem 2 vor § 873), auch wenn sie (versehentlich) eingetragen worden sind. Wegen der Rechte, die zwar nicht ein-

tragungsfähig, aber auch zur Wirkung gegen Dritte nicht eintragungsbedürftig sind, vgl. A 3, 7. — Weiter wirkt der Inhalt des Grundbuchs nur hinsichtlich privatrechtlicher Verhältnisse. Ist ein Teil eines Grundstücks, z. B. als Weg oder Fluß, öffentlichrechtlicher Natur und somit dem Privatrechtsverkehr entzogen, so ändert es hieran nichts, daß der Teil als im Privateigentum stehend im Grundbuch eingetragen ist, und kann der Erwerber sich nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen (**RG** 80, 367; JW 01, 858[56]; 14. 4. 09 V 289/08; vgl. auch § 891 A 3 Abs 2). — Da ferner der Erwerb von Rechten am Grundstücke, oder an Rechten, die das Grundstück belasten, geschützt werden soll, so muß einerseits alles, worüber das Grundbuch hinsichtlich des betreffenden Rechtes selbst und der anderen Rechte, sowie hinsichtlich ihrer rechtlichen Beziehungen zueinander Auskunft gibt, als unter den Begriff „Inhalt" fallend erachtet, anderseits alles davon ausgenommen werden, was zwar eingeschrieben werden durfte, aber für die Gestaltung und Wirkung der Rechte von keiner Bedeutung ist. — Nach der ersten Richtung gehört daher zum Inhalte des Grundbuchs nicht nur dasjenige, was hinsichtlich der einzelnen Rechte in den hierauf bezüglichen besonderen Eintragungsvermerken eingeschrieben ist, sondern auch die sonstigen Einschreibungen, soweit sie Inhalt, Umfang und Rechtswirkung der Grundstücksrechte mitbetreffen, insbesondere auch diejenigen, die den Gegenstand, auf den sich das Eigentum und die anderen dinglichen Rechte erstrecken, beschreiben und umgrenzen. Vgl. hierüber, sowie inwieweit danach sog. **tatsächliche Angaben,** namentlich diejenigen, die auf das vom Eigentum ergriffene und mit Rechten belastete Grundstück Bezug haben, unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs stehen oder davon ausgeschlossen sind, das Nähere in § 891 A 3. Hervorzuheben ist hier, daß die sog. Parzellenverwechslungen nicht etwas Besonderes an sich haben (vgl. OLG 2, 492; 6, 12), wie von denjenigen, die den auf das Grundstück bezüglichen Bestandsangaben den öffentlichen Glauben allgemeinhin versagen, mehrfach angenommen wird. Ist eine Parzelle, ein begrenzter Teil der Erdoberfläche, irrtümlich, sei es bei der Abschreibung von einem Stammgrundstücke, sei es bei einem sonstigen Anlaß, insbesondere auch (z. B. in Preußen) bei der Zurückführung des Grundbuchblatts auf das Grundsteuerbuch, auf einem andern Grundbuchblatte als dem des wahren Eigentümers eingeschrieben worden, so enthält diese Einschreibung, mag sie durch Angabe einer Parzellennummer des Katasters oder durch eine andere Bezeichnung der Parzelle erfolgt sein, eine Beschreibung und Umgrenzung des von den Eigentums- und sonstigen Rechten des betreffenden Grundbuchblatts ergriffenen Grundstücks, und sie steht zugunsten eines demnächstigen gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbs ebenso unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, wie die Einschreibungen, die sich auf die Beschreibung und Umgrenzung der etwa sonst noch auf dem Grundbuchblatte vermerkten Grundflächen beziehen; ob die Beschreibung und Umgrenzung das ganze Grundstück oder nur einzelne Grundflächen betrifft, macht hinsichtlich des öffentlichen Glaubens keinen Unterschied. Würden die Bestandsangaben, soweit sie das Grundstück beschreiben und umgrenzen, nicht unter den öffentlichen Glauben zu stellen sein, so müßte folgerichtig angenommen werden, daß auch nach einem gutgläubigen Erwerb, sei es des Eigentums oder eines das Grundstück belastenden Rechtes, eine Grundfläche lediglich auf Grund Nachweisung des wahren Eigentums eines andern als des Veräußerers für den andern ohne Zustimmung des Erwerbers von dem Grundbuchblatte abgeschrieben werden könnte, und gegebenenfalls sogar, daß der wahre Eigentümer des ganzen Grundstücks völlige Beseitigung der ohne seine Zustimmung an dem Grundstücke erworbenen Rechte zu verlangen berechtigt wäre. Danach könnte insbesondere den Erwerbern belastender Rechte der Gegenstand ihrer Rechte gänzlich entzogen und könnten damit die Rechte selbst bedeutungslos werden, wenn die in der Rechtslehre vertretene Ansicht richtig wäre, daß diesen Erwerbern nur ein (abstraktes) Eigentum des Veräußerers ohne Beziehung auf einen Gegenstand gewährleistet werde. — Anderseits kann der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich nur auf einen solchen Gegenstand erstrecken, der von der Natur ein Teil der Erdoberfläche ist; denn nur ein solcher Gegenstand ist nach dem Grundbuchsystem ein Grundstück, und auch er nur trägt eine Gewähr für die Dauer in sich. Daher wird alles, was nur mit der Erdoberfläche verbunden ist und von ihr wieder entfernt werden kann, mag es auch in gewissen anderen rechtlichen Beziehungen als Bestandteil des Grundstücks gelten, von dem öffentlichen Glauben ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere auch von Gebäuden (**RG** 73, 129). Die etwa im Grundbuche darüber enthaltenen Angaben gehören nicht zur Beschreibung und Umgrenzung des dem (konkreten) Eigentum zugehörenden Teiles der Erdoberfläche, sondern betreffen nur die Beschaffenheit dieses Teiles. Daher wird den Erwerbern namentlich nicht gewährleistet, daß die im Grundbuche vermerkten Gebäude wirklich existieren, oder daß diesen nicht etwa nach § 95 die sich sonst aus § 94 Abs 1 ergebende Bestandteilseigenschaft fehlt (vgl. **RG** 61, 193; auch Gruch 42, 526). — Die Frage, ob die Existenz des Grundstücks gewährleistet wird, kann nicht aufgeworfen werden, da das Eigentum sich in die unbegrenzte Tiefe erstreckt und Veränderungen der Oberfläche (z. B. zufolge dauernder Überschwemmungen) nur die Beschaffenheit des Grundstücks betreffen, die unter dem öffentlichen Glauben nicht steht. — Im Falle der sog. Doppelbuchung, also wenn

auf verschiedenen Grundbuchblättern einander widersprechende Einschreibungen, insbesondere auch hinsichtlich der zugehörigen Grundflächen, enthalten sind, gebührt keiner der Einschreibungen, soweit sie sich gegenseitig ausschließen, der öffentliche Glaube. Vgl. hierüber § 891 A 4. — Ferner kommt (abgesehen von der Kenntnis des Erwerbers von dem Nichtbestehen des Eigentums seines als Eigentümer eingetragenen Rechtsvorgängers, s. A 10) der Grundsatz, daß der Glaube des Grundbuchs sich auf die Bestandsangaben erstreckt, so weit nicht in Betracht, als sowohl der Wille des Veräußerers wie der des Erwerbers zur Übertragung und zum Erwerbe des Eigentums eine auf dem Grundbuchblatt vermerkte Parzelle nicht mitumfaßte. Vgl. hierüber § 925 A 6 und zu **RG** 73, 125 besonders **RG** 77, 33.

Zum Inhalte des Grundbuchs gehört nicht **das Übertragungs- oder Belastungsgeschäft,** auf Grund dessen das unter dem Schutze stehende Recht erworben wird. Dieses Rechtsgeschäft muß nach allgemeinen Grundsätzen rechtsgültig sein, sonst vollzieht sich der Erwerb überhaupt nicht; der gute Glaube heilt die Mängel des Rechtsgeschäfts nicht (**RG** 69, 268; 84, 245). Daher wird z. B., wenn der Veräußernde sich fälschlich als den eingetragenen Berechtigten ausgegeben hat (M 3, 213), wenn ihm die Berechtigung zur Veräußerung des für einen andern eingetragenen Rechtes gefehlt hat (**RG** 84, 245), wenn er keine Rechtspersönlichkeit besitzt, z. B. die veräußernde juristische Person nicht rechtsfähig ist (**RG** 88, 89), wenn er geschäfts- oder sonst verfügungsunfähig ist (**RG** 69, 268; OLG 18, 110, wegen zugunsten einer bestimmten Person beschränkter Verfügungsbefugnis dagegen s. § 892 Abs 1 Satz 2), wenn seinem Vertreter die Legitimation mangelt (**RG** 69, 268), wenn die erforderliche Zustimmung einer Behörde oder eines Dritten fehlt, das Rechtsgeschäft nicht um deswillen gültig, weil der Erwerber geglaubt hat, die genannten, den Erwerb hindernden Mängel lägen nicht vor. Ist aber der Erwerber trotz solcher Mängel (versehentlich oder weil die Mängel nicht bekannt waren) als Berechtigter eingetragen worden, so wirkt zugunsten eines späteren Erwerbers dieses Rechtes wiederum der öffentliche Glaube, so daß z. B., wenn eine Hypothekbestellung wegen Wuchers nichtig oder zufolge Anfechtung wegen Betrugs nichtig geworden war, die Hypothek zugunsten eines gutgläubigen Zessionars als rechtsgültig bestellt gilt (**RG** 69, 268; 88, 89).

Dem Inhalte des Grundbuchs steht gleich **der Inhalt der** einer Eintragung zugrunde liegenden **Eintragungsbewilligung,** soweit hierauf in den Eintragungsvermerken zulässigerweise (s. §§ 874, 877 u. § 874 A 7) Bezug genommen worden ist; denn insoweit gilt der Inhalt der Eintragungsbewilligung als in das Grundbuch eingeschrieben (vgl. über Einsicht dieser Urkunden § 11 Abs 1 Satz 1, 2, § 93 GBO). — Auf den sonstigen Inhalt der Grundakten erstreckt sich aber der öffentliche Glaube nicht, sei es auch, daß gemäß § 94 GBO landesgesetzlich den Beteiligten die Einsicht in die Grundakten gestattet ist (vgl. **RG** 57, 281). — Das gleiche gilt von dem **Eingangsregister** (Präsentationsregister). Daher steht z. B. die Kenntnis des eingetragenen Berechtigten von einem früheren Eintragungsantrage, der bei richtigem Verfahren, insbesondere nach den Ordnungsvorschriften der §§ 17, 46 GBO, früher hätte erledigt werden und daher zur Eintragung eines im Range vorgehenden Rechtes hätte führen sollen, dem Erwerbe seines Rechtes mit Vorrang nicht entgegen (**RG** 57, 277; KGJ 39 A 248; Prot 3, 90). Die Verletzung der genannten Ordnungsvorschriften hindert materiellrechtlich den Erwerb nicht. Steht dem früher gestellten Antrage ein Hindernis entgegen, so hat das Grundbuchamt, wenn es den Antrag nicht zurückweist, gemäß § 18 Abs 2 GBO eine Vormerkung zugunsten des Antrags einzutragen, bevor es dem zweiten Antrage stattgibt. Ist dies geschehen, so ist, wenn das Hindernis demnächst behoben wird und die endgültige Eintragung erfolgt, diese gegenüber der auf Grund des zweiten Antrags bewirkten Eintragung wirksam, gleichviel, ob die letztere, wenn sie früher vollzogen wäre, jenes Recht ausschließen oder nur beschränken würde, und auch gleichviel, ob sie noch in der Hand des ursprünglichen Erwerbers steht oder auf einen Rechtsnachfolger übergegangen ist. Die Vorschriften der §§ 883ff. finden auf diese Vormerkung keine Anwendung, da sie nur die Sicherung eines persönlichen Anspruchs betreffen, während es sich hier um Sicherung des durch den Eintragungsantrag erlangten Rechtes auf Eintragung gemäß dem damaligen Inhalte des Grundbuchs handelt (str.; vgl. **RG** 55, 342, auch § 883 A 2 „Rechtsgrund"). Es bedarf daher z. B. weder, wenn die beiden Rechte Belastungen des Grundstücks sind, noch, wenn das vorgemerkte Recht eine Belastung ist, das andere Recht aber den Eigentumsübergang betrifft, zur Umschreibung der Vormerkung in das endgültige Recht der Zustimmung des Inhabers des andern Rechtes oder seines etwaigen Rechtsnachfolgers, insbesondere nicht nach § 888. Von diesen Gesichtspunkten aus ist im Ergebnisse die den letzteren Fall betreffende Entscheidung in **RG** 62, 375 richtig, die zum Teil unzutreffend mit dem Satze begründet ist, der öffentliche Glaube des Grundbuchs versage gegenüber schon beantragten Eintragungen, wie sich aus dem § 879 BGB und den §§ 17, 46 GBO ergebe, die durch die §§ 892, 893 nicht berührt würden.

Durch **Einschreibung** des Rechtes **an einer andern Stelle** des Grundbuchs, als an der durch die Anordnungen der Landesjustizverwaltung (vgl. § 1 Abs 2 GBO) dafür bestimmten,

z. B. in eine unrichtige Abteilung des Grundbuchblattes, entzieht dem Rechte, wie es seine Entstehung nicht hindert (vgl. § 873 A 10), auch nicht den öffentlichen Glauben, weil die betreffenden Anordnungen nur Ordnungsvorschriften enthalten, deren Verletzung materielle Nachteile für die Beteiligten nicht zur Folge hat (vgl. RG 31, 311; 55, 343; 94, 7).

Sind **subjektiv dingliche Rechte** (z. B. Grunddienstbarkeit, § 1018, Vorkaufsrecht nach §§ 1094 Abs 2, 1103 Abs 1, Reallasten nach §§ 1105 Abs 2, 1110) gemäß § 8 GBO nicht nur auf dem belasteten, sondern auch auf dem herrschenden Grundstücke eingetragen, so ist hinsichtlich des öffentlichen Glaubens der Inhalt des Grundbuchblattes des belasteten Grundstücks maßgebend. Denn durch § 892 wird der Inhalt des Grundbuchs nur insoweit als richtig gewährleistet, als er das Grundstück betrifft, an dem (nicht für das) ein Recht erworben wird. Das gleiche gilt vom Erbbaurecht und den anderen Rechten an Grundstücken mit Grundstücksnatur (s. § 903 A 2), die nach §§ 7, 84 GBO ein eigenes Grundbuchblatt erhalten. — Hinsichtlich der **Hypothek** bestehen mehrere besondere Vorschriften. Für sie (d. h. für das dingliche Recht, nicht für das persönliche Schuldverhältnis, RG 49, 8; JW 08, 658[8], und nach § 1185 Abs 2 nur für die Verkehrshypothek, nicht auch für die Sicherungshypothek) gilt der öffentliche Glaube gemäß § 1138 auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden sowie gemäß § 1157 Abs 2 in Ansehung der im Falle der Abtretung der Hypothek gegenüber dem neuen Gläubiger nach § 1157 Abs 1 dem Eigentümer zustehenden Einreden, wovon aber wiederum Ausnahmen bezüglich Ansprüche auf Zinsen usw. nach Maßgabe der §§ 1158, 1159 Abs 1, 2 gelten. Soweit bei einer Briefhypothek die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbriefe hervorgeht, ist nach § 1140 die Berufung auf die Vorschriften der §§ 892, 893 ausgeschlossen. Der gemäß § 1155 als Berechtigter legitimierte Besitzer des Hypothekenbriefs steht hinsichtlich des öffentlichen Glaubens einem im Grundbuche als Gläubiger Eingetragenen gleich.

Vgl. ferner bezüglich der Verjährung von Grunddienstbarkeiten und des Eintragungszwangs bei Miteigentum § 1028 Abs 2 bzw. § 1010, und bezüglich der Vorbehalte für landesgesetzliche Sondervorschriften Artt 114, 118, 187, 188 EG. — Eintragungen in öffentliche Bücher des früheren Grundbuchrechts stehen von dem Zeitpunkte ab, in dem diese als Grundbücher im Sinne der Reichsgesetze gelten (vgl. Art 186 EG; § 87 GBO), den unter der Herrschaft der letzteren geschehenen Eintragungen gleich (RG 47, 229; JW 06, 17[16]; Gruch 51, 609).

7. Als **richtig** gilt der Grundbuchinhalt; **daher auch als vollständig**, da das Grundbuch den Rechtsstand eines Grundstücks nur dann richtig wiedergibt, wenn alle Rechte, die an dem Grundstücke oder an Belastungen des Grundstücks bestehen, mit ihrem Inhalte und Range in das Grundbuch eingeschrieben sind (vgl. RG 62, 100; 93, 65). Demnach wird dem gutgläubigen Erwerber nicht nur gewährleistet, daß der eingetragene Berechtigte, von dem er das erworbene Recht ableitet, der wahre Berechtigte ist und daß dessen Recht mit dem grundbuchmäßigen Inhalte und Range besteht (z. B. daß der ihm eine Hypothek Bestellende Eigentümer des Grundstücks ist oder daß der ihm eine Hypothek Übertragende Gläubiger der Hypothek und diese rechtsgültig bestellt ist, s. A 5, 6; RG 69, 268); sondern auch, daß gelöschte Rechte auch wirklich erloschen sind und auch sonst keine Rechte außerhalb des Grundbuchs bestehen, die dem erworbenen Rechte entgegenstehen oder es beschränken könnten (z. B. nicht eine vor der erworbenen eingetragene Hypothek, die zu Unrecht gelöscht ist, die also an sich noch besteht und den Vorrang haben sollte, s. A 2, 5; RG 62, 100; Warn 1912 Nr 11; § 891 A 6). — Was jedoch die erstere sog. positive Wirkung des öffentlichen Glaubens anlangt, so kann derjenige, der ein nicht eintragungsfähiges oder ein zwar eintragungsfähiges, aber nicht eintragungsbedürftiges Recht erwirbt, sich für das Bestehen des Rechtes nicht auf seinen guten Glauben berufen, auch wenn das Recht eingetragen ist, ausgenommen der Nießbrauch aus § 1075 und die Sicherungshypotheken aus § 1287 Satz 2 und ZPO § 848 Abs 2. Was ferner die zweite sog. negative Wirkung betrifft, so haben einerseits (versehentlich) eingetragene, aber nicht eintragungsfähige und gegen Dritte nicht wirkende Rechte gegenüber dem erworbenen Rechte trotz der Eintragung keine Kraft. Anderseits sind jedoch nicht eintragungsbedürftige Rechte, gleichviel ob sie eintragungsfähig sind oder nicht (wie z. B. die gesetzlichen Überbau- und Notwegrenten nach §§ 914 Abs 2, 917 Abs 2), dem erworbenen Rechte gegenüber auch dann wirksam, wenn sie nicht eingetragen worden oder nach der Eintragung (versehentlich) wieder gelöscht sind, und gleichviel ob sie dem Erwerber bekannt gewesen sind oder nicht, ausgenommen wiederum die Rechte aus §§ 1075, 1287 Satz 2, ZPO § 848 Abs 2, da diese zwar ohne Eintragung entstehen, aber zur Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte der Eintragung bedürfen. Vgl. hierüber das Nähere in A 3, 6. — Zufolge besonderer Gesetzesvorschriften wirken gewisse Ansprüche: wiewohl sie nicht Rechte am Grundstücke sind und in das Grundbuch auch nicht aufgenommen werden dürfen, doch gegen den Rechtsnachfolger im Eigentum, auch wenn er das Bestehen der Ansprüche nicht gekannt hat, nämlich die Ansprüche: des Besitzers gegen

den Eigentümer wegen Verwendungen im Sinne des § 999 Abs 2; des Mieters und des Pächters im Falle der Grundstücksveräußerung nach Maßgabe der §§ 571, 581 (vgl. auch die Übergangsvorschrift des Art 172 EG). — Wird bei der Übertragung eines Grundstücks oder eines Grundstücksteils auf ein anderes Grundbuchblatt ein eingetragenes Recht nicht mitübertragen, so gilt es in Ansehung des Grundstücks oder des Teiles als gelöscht (vgl. § 47 Abs 2 GBO; KGJ 27 A 115; RJA 2, 242).

8. Aus den Worten **„es sei denn"** folgt, daß derjenige, dessen Recht verletzt werden würde, wenn der Inhalt des Grundbuchs zugunsten des Erwerbers als richtig gelten würde, und der sein Recht gegenüber dem Erwerber zur Geltung bringen will, das Vorliegen eines der beiden **Ausnahmefälle des Abs 1 Satz 1 Halbs 2 nachweisen** muß. Der Erwerber braucht insbesondere einen Beweis für seinen guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchinhalts nicht zu führen, sondern kann sich darauf beschränken, auf den Inhalt des Grundbuchs zu verweisen (M 3, 212). — Auch ist der dem Erwerber gewährte Schutz vom Gesetze nicht davon abhängig gemacht, daß er vor dem Erwerbe das Grundbuch eingesehen hat (M 3, 212; **RG** 74, 420). — Daß aber bei Gutgläubigkeit des Erwerbers der Erwerb eines eingetragenen Rechtes sich trotz der Unrichtigkeit des Grundbuchs rechtsgültig vollzieht, steht natürlich nicht einer solchen Anfechtung des Erwerbs entgegen, die ihrem Begriffe nach nur gegen an sich rechtsgültige Geschäfte gerichtet werden darf, also nicht der Anfechtung nach dem AnfG und KO (vgl. § 42 KO; **RG** 51, 284; 68, 153; JW 1910, 762[33]).

9. Ein **gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragener Widerspruch** (§§ 894, 899) ist ein solcher Widerspruch, der sich gegen das Recht richtet, das erworben werden soll, und zwar entweder ausschließlich (z. B. wenn eine zu übertragende Hypothek nichtig und das Eigentum davon frei sein soll), oder doch außer anderen auch gegen dieses Recht (z. B. wenn das wahre Eigentum einem andern als dem als Eigentümer Eingetragenen zustehen und die von diesem demnächst ausgehenden Belastungen unwirksam sein sollen, oder wenn eine zu Unrecht gelöschte, daher außerhalb des Grundbuchs noch bestehende Hypothek gegen spätere Veräußerungen und Belastungen gesichert werden soll). — Die Widerspruchseintragung muß das Recht, das gesichert werden soll, bezeichnen (z. B. das Eigentum, das von der nichtigen Hypothek frei werden soll, das Eigentum des wahren Eigentümers, die zu Unrecht gelöschte Hypothek), ferner den Grund des Widerspruchs angeben und den Rechtsinhaber, gegen den sich der Widerspruch richtet, sowie den, zu dessen Gunsten der Widerspruch eingetragen wird, benennen; andernfalls ist der eingetragene Widerspruch unwirksam, da für seine Eintragung, an deren Stelle demnächst die Eintragung des gesicherten Rechtes, wenn es besteht, treten soll, dieselben Erfordernisse wie für die Eintragung des Rechtes selbst zu gelten haben (vgl. KGJ 23 A 133; 36 A 178; OLG 8, 109; 9, 342; 12, 166; RJA 11, 131). Über die sonstigen Voraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruchs vgl. § 899 A 1, 2, 3. — Die Eintragung muß ferner dem Erwerbe des davon betroffenen Rechtes vorangegangen sein. In der Regel vollzieht sich der Erwerb nach der Einigung ebenfalls durch Eintragung (§ 873 Abs 1). Dann ist entscheidend, welche von den beiden Eintragungen die frühere ist. Auf die Zeit der Stellung der Anträge auf Eintragung kommt es nicht an. Ist zwar der Antrag auf Eintragung des Widerspruchs früher als der Antrag auf Eintragung des Rechtserwerbs zu den Grundakten gelangt, wird aber die letztere Eintragung, sei es aus diesem oder aus jenem Grunde, sei es insbesondere auch entgegen den Ordnungsvorschriften der §§ 17, 46 GBO, vom Grundbuchamte früher bewirkt als die Eintragung des Widerspruchs, so hat dieser gegenüber dem eingetragenen Rechtserwerbe keine Wirkung, da nach dem Gesetze nur ein (vorher) eingetragener Widerspruch wirkt und einer (bewirkten) Einschreibung, wie bei anderen Eintragungen, so auch beim Widerspruche, ein (erst vorliegender) Antrag auf Einschreibung materiellrechtlich nicht gleichsteht (str., vgl. **RG** 57, 277, A 6 „Eingangsregister"). Der Abs 2 § 892 findet hier keine Anwendung, da er sich nur auf die zweite Ausnahme von der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, auf die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs, bezieht (str.). Selbstverständlich bleibt aber dem Widerspruchsberechtigten, wenn demnächst sein durch den Widerspruch gesichertes Recht festgestellt wird, unbenommen, nachzuweisen, daß der Erwerber bereits zur Zeit des (erst nach dem Antrage auf Eintragung des Widerspruchs) gestellten Antrags auf Eintragung seines Erwerbs Kenntnis von dem gesicherten Rechte gehabt habe, und auf diesem Wege dann gemäß Abs 2 sein Recht gegenüber dem Erwerber zur Geltung zu bringen. Auch wird für das Grundbuchamt bei Vorliegen des Antrags auf Eintragung des Widerspruchs Anlaß gegeben sein können, wegen der hinsichtlich der Richtigkeit des Grundbuchs bestehenden Bedenken den Eintragungsantrag des Erwerbers abzulehnen (vgl. KGJ 28 A 93). Ist zu dem Erwerbe außer der Einigung ausnahmsweise ein anderer rechtswirkender Umstand als die Eintragung erforderlich (z. B. die Übergabe des Hypothekenbriefs bei Übertragung einer Briefhypothek, § 1154 Abs 1), so kommt es darauf an, ob vor Eintritt dieses Umstandes der Widerspruch eingetragen war (s. A 2, 4 „Eintragung"). — Vgl. aber § 1139 über die rückwirkende Kraft eines Widerspruchs gegen eine Darlehns-Buchhypothek. — Der Widerspruch hindert die

Verfügung über das von ihm betroffene Recht nicht. Der Erwerb hat nur gegenüber dem durch den Widerspruch gesicherten Rechte, wenn dieses wirklich besteht, keine Wirkung. Hat ein Nichtberechtigter oder ein Vertreter ohne Vertretungsmacht über das Recht trotz des Widerspruchs verfügt, so hindert der Widerspruch nicht, daß die gemäß §§ 177, 185 erfolgende Genehmigung des Berechtigten oder des Vertretenen nach § 184 den Erwerb von Anfang an wirksam macht, soweit nicht das gesicherte Recht entgegensteht; die Eintragung des Widerspruchs ist nicht eine Verfügung im Sinne des § 184 Abs 2 (**RG** 69, 269).

10. Soll die zweite Ausnahme von der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, die **Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit,** vorgelegen haben, so muß derjenige, der dies geltend macht, nachweisen (s. A 8), einmal (nach der objektiven Seite), daß das Grundbuch in einem bestimmten Punkte unrichtig ist, und sodann (nach der subjektiven Seite), daß dem Erwerber diese betreffende Unrichtigkeit bekannt gewesen ist.

Unrichtig in dem hier in Betracht kommenden Sinne **ist das Grundbuch,** wenn entweder ein eingetragenes Recht des die Unrichtigkeit Behauptenden mit einem (an den Erwerber übertragenen oder zu seinen Gunsten belasteten) Rechte belastet ist, das in Wirklichkeit nicht besteht, oder wenn außerhalb des Grundbuchs ein dingliches Recht des Behauptenden besteht, von dem das erworbene Recht ausgeschlossen oder doch beschränkt wird. Vgl. die Beispiele in A 2, 5, 7. Was insbesondere die Unrichtigkeit in letzterer Hinsicht anlangt, so ist das Grundbuch nicht schon um deswillen unrichtig, weil dem Behauptenden ein persönlicher (schuldrechtlicher) Anspruch auf Einräumung eines Rechtes am Grundstücke zusteht; denn das Grundbuch ist nur dann unrichtig, wenn es ein bestehendes dingliches Recht nicht aufweist. Daher schadet z. B. demjenigen, dem von dem eingetragenen Eigentümer das Grundstück übertragen oder ein begrenztes Recht am Grundstücke bestellt wird, nicht die Kenntnis davon, daß dem Behauptenden gegen den Veräußerer bzw. Belastenden ein persönlicher (schuldrechtlicher) Anspruch auf Übertragung des Eigentums (z. B. aus einem Kaufvertrage) oder auf Einräumung eines begrenzten Rechtes am Grundstücke (z. B. eines Nießbrauchs auf Grund Schenkungsversprechens oder einer Hypothek auf Grund der übernommenen Verpflichtung, sie mit einem bestimmten Range eintragen zu lassen) zusteht (vgl. **RG** 62, 138; JW 1910, 390[7]; Gruch 51, 989; auch **RG** 18, 294; 19, 298; Gruch 35, 1101; 41, 1030; vgl. A 2 Abs 2). Auch wenn der Behauptende auf eine mit dem Berechtigten bereits geschlossene (dingliche) Einigung (§ 873) über Einräumung des Rechtes sich berufen kann, aber der zur Entstehung des dinglichen Rechtes weiter erforderliche rechtswirkende Umstand (in der Regel die Eintragung, ausnahmsweise ein anderer Umstand, z. B. bei Übertragung einer Briefhypothek gemäß § 1154 Abs 1 die Übergabe des Briefes) noch nicht vorliegt, ist das Grundbuch zur Zeit des Erwerbs nicht unrichtig und schadet dem Erwerber die Kenntnis hiervon nicht; denn ein dingliches Recht war für den Behauptenden noch nicht entstanden (**RG** 73, 53; vgl. § 873 A 13 „Verfügungsbeschränkung"). Aus gleichem Grunde steht selbst die Kenntnis von einem dem Grundbuchamte früher vorgelegten Antrage auf Eintragung eines Rechtes für den Behauptenden dem Erwerbe eines Rechtes, dessen Eintragung zwar erst später beantragt, aber versehentlich (§ 17 GBO) vor Erledigung des früheren Antrags vom Grundbuchamte vorgenommen worden ist, mit dem dann aus der Eintragung sich ergebenden Range nicht entgegen (**RG** 57, 277; KGJ 39 A 248; s. A 6 „Eingangsregister"). In allen diesen Fällen kann für den Behauptenden gegen den bösgläubigen Erwerber höchstens ein Schadensersatzanspruch aus einem etwaigen Schuldverhältnisse zwischen beiden oder aus unerlaubter Handlung nach Maßgabe des § 826 gegeben sein (**RG** 57, 282; 62, 137; JW 1910, 690[7]; Gruch 51, 987).

Hat der Behauptende die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen (z. B.: der das Eigentum an einer eingetragenen Parzelle Beanspruchende, daß dem Rechtsvorgänger des Erwerbers das Eigentum an der Parzelle nicht zustand, vgl. **RG** Warn 1911 Nr 433; der behauptende Eigentümer, daß die an den Erwerber übertragene Hypothek nicht dem übertragenden Gläubiger, sondern gemäß §§ 1163, 1177 ihm als Grundschuld zugestanden hat, weil die gesicherte Forderung wegen Nichtzahlung der Valuta oder wegen Unsittlichkeit des zugrunde liegenden Vertrags nicht entstanden ist, vgl. **RG** Gruch 50, 985; 50, 988), so kommt es weiter auf den Beweis an, daß **der Erwerber von dieser Unrichtigkeit Kenntnis gehabt hat.** Wann dieser Beweis als erbracht anzusehen, ist eine Frage der Beweiswürdigung im einzelnen Falle (**RG** JW 1911, 153[11]; Warn 1912 Nr 392; 1914 Nr 253; Gruch 58, 1023). Bestimmte Regelsätze lassen sich darüber nicht aufstellen. Nur so viel ist im allgemeinen zu bemerken, daß, wenn nachgewiesenermaßen dem Erwerber solche Tatsachen bekannt gewesen sind, aus denen nach dem Gesetze die betreffende Unrichtigkeit des Grundbuchs ohne weiteres sich ergibt (z. B. die Kenntnis von der Entmündigung eines der bei der Einigung über die Bestellung des an den Erwerber übertragenen Rechtes Beteiligten, die Kenntnis von der Nichtzahlung der Darlehnsvaluta auf eine dem Erwerber verpfändete Hypothek, die Kenntnis des Erwerbers einer Hypothek von arglistiger Täuschung oder Bewucherung

bei Begründung einer Hypothekenforderung [§ 1138]), auch die Kenntnis von der Unrichtigkeit anzunehmen sein wird, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, die trotz Kenntnis jener Tatsachen der Möglichkeit eines guten Glaubens Raum geben (vgl. RG 69, 268; 78, 73; Gruch 58, 1023). — Nach letzterer Richtung kann (z. B. bei nicht einfacher Rechtslage oder bei ungewöhnlichen Rechtsverhältnissen) auch ein Rechtsirrtum in Betracht kommen; denn nach dem Gesetze ist an sich nicht die Kenntnis von Tatsachen, sondern die Kenntnis von der Unrichtigkeit, also von der Unrichtigkeit hinsichtlich eines Rechtes, nachzuweisen (vgl. Prot 3, 85f.; RG JW 1911, 153[11]; Warn 1912 Nr 392; Gruch 50, 988; 50, 991; 58, 1023; OLG 12, 132). Bleibt daher die Möglichkeit, daß der Erwerber trotz nachgewiesener Kenntnis der die Unrichtigkeit ergebenden Tatsachen zufolge rechtsirriger Auffassung das Grundbuch bezüglich des fraglichen Rechtes nicht für unrichtig gehalten hat (z. B. daß er trotz Kenntnis der Tatsache, daß die Forderung, die durch die ihm abgetretene Hypothek gesichert wird, aus einem Bordellkaufe entstanden sei, die Hypothek als für seinen Zedenten rechtsgültig begründet erachtet hat [§ 1138], vgl. RG Gruch 50, 987; 58, 1023; Warn 1914 Nr 253; auch [1919 Nr 24] Gruch 63, 483 [das nicht klar zwischen Nichtigkeit der Hypothekenforderung und Nichtigkeit des Hypothekenrechts unterscheidet, aber doch dahin zu verstehen ist, daß selbst der Erwerber einer Bordellhypothek, der weiß, daß die Hypothekenforderung wegen des Bordellkaufs nichtig sei, doch nicht bösgläubig ist, wenn er aus Rechtsirrtum in dem Glauben befangen ist, die Hypothek sei trotz Nichtigkeit der Forderung rechtsgültig für seinen Zedenten als Hypothek entstanden, was zutreffend ist], sowie RG 81, 266; oder daß er trotz Kenntnis des Nichtvorliegens der zu einem Hypothekerwerb erforderlichen Zustimmung eines Dritten die Hypothek für rechtswirksam begründet angesehen hat, vgl. RG 84, 400), so ist dem Behauptenden der Nachweis der Kenntnis nicht gelungen (RG 91, 223; Gruch 58, 1023). Jedoch ist selbstverständlich nicht jeder Behauptung des Erwerbers, daß er sich im Rechtsirrtum befunden habe, ohne weiteres zu glauben, vielmehr die Glaubwürdigkeit vom Gerichte zu prüfen (RG 91, 223; Gruch 58, 1023; Warn 1912 Nr 392). — Erkenntnisquellen werden besonders Mitteilungen des Veräußerers sein. Jedoch ist nicht ausgeschlossen, daß auch durch Mitteilungen glaubwürdiger Dritter die Kenntnis erlangt wird (RG JW 1910, 813[13]). — Ein Kennenmüssen, also nach § 122 Abs 2 ein Nichtkennen aus Fahrlässigkeit, steht der wirklichen Kenntnis nicht gleich (KGJ 49, 205; anders wie bei beweglichen Sachen nach § 932 Abs 2). — Ferner ist es belanglos, ob der Erwerber das Grundbuch eingesehen hat oder nicht (s. A 8), sowie ob er überhaupt auf dasjenige, was im Grundbuche enthalten sein möge, bei seinem Erwerbe Rücksicht genommen oder ob er lediglich dasjenige für maßgebend erachtet hat, was ihm von anderer Seite, insbesondere von seinem Rechtsurheber, mitgeteilt worden ist. Die Fiktion der Richtigkeit des Grundbuchinhalts schafft ihm auch in diesen Fällen materielles Recht (s. A 5) und er kann sich selbst dann darauf stützen, wenn ihm zufolge der Fiktion weitergehende Rechte zustehen, als er auf Grund der Mitteilungen bei dem Erwerbe angenommen hat. Deshalb ist die Ausführung in dem Urteil in RG 61, 195 nicht zutreffend, daß der Erwerber sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs dann nicht berufen könne, wenn er zwar die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht gekannt, aber seinen Erwerb nicht im Vertrauen auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs vollzogen habe, sondern lediglich den Angaben seines Veräußerers gefolgt sei. Davon enthält das Gesetz nichts; nur die Kenntnis der Unrichtigkeit schließt die Fiktion aus (die Ansicht ist auch von dem erkennenden Senat in RG 86, 356 aufgegeben mit dem Bemerken, § 892 stelle eine einer Widerlegung nicht zugängliche Fiktion auf und versage dem rechtsgeschäftlichen Erwerber den Schutz nur dann, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs entweder aus dem Grundbuche selbst erhelle oder nachweislich dem Erwerber bekannt gewesen sei). Die Entscheidung aber war im Ergebnisse deswegen zutreffend, weil auf das Gebäude, das der Beklagte mit dem Grund und Boden erworben haben wollte und das der Kläger auf Grund Erwerbs nach früherem Rechte seinerseits in Anspruch nahm, der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich überhaupt nicht erstreckte (s. A 6 „tatsächliche Angaben"). In RG 74, 416 ist angenommen, daß der Glaube des Grundbuchs demjenigen nicht zur Seite stehe, der nicht im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs erworben haben könne, weil zur Zeit des den Erwerb vermittelnden Rechtsgeschäfts das vom Erwerbe betroffene Recht noch nicht eingetragen war. Vgl. dazu A 3 Abs 2. Ist der Rechtsurheber, von dem der Erwerber seinen Erwerb herleitet, im Grundbuch nicht als Berechtigter eingetragen, wiewohl er nur im Falle seiner Eintragung Berechtigter sein könnte, so kann überhaupt nicht davon die Rede sein, daß der Erwerber (dem z. B. von einem Nichtberechtigten eine Hypothek bestellt und für den vom Grundbuchamt [versehentlich] die Hypothek eingetragen worden ist) hinsichtlich der Berechtigung des Rechtsurhebers in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs beim Erwerbe (der Eintragung) der Hypothek gewesen ist; denn das Grundbuch enthielt davon, daß der Rechtsurheber Berechtigter sei, nichts, sein Inhalt umfaßte die Berechtigung des Rechtsurhebers nicht, und daher sprach dieser Inhalt sogar gegen das Bestehen der Berechtigung (vgl. RG 74, 421; 86, 355;

89, 162). — Verstieß die Eintragung einer Hypothek gegen ein gegen den die Hypothek bestellenden Eigentümer erlassenes, eine Verfügungsbeschränkung enthaltendes (§ 878 A 3), nicht eingetragenes Veräußerungsverbot, so ergibt sich die Bösgläubigkeit des Dritten, der die Hypothek erwirbt, nicht schon allein daraus, daß er beim Erwerbe der Hypothek Kenntnis von dem Veräußerungsverbot gehabt hat, vielmehr muß ihm nachgewiesen sein, daß er sich bei dem Erwerbe bewußt gewesen ist, daß der Rechtsvorgänger seinerseits die Hypothek nicht rechtsgültig erworben gehabt habe (RG 89, 162). — Über Kenntnis der Anfechtbarkeit (z. B. der Einigung, die einer dem Erwerber übertragenen Hypothek zugrunde liegt, wegen Arglist, der Auflassung an den, der für den Erwerber eine Hypothek bestellt hat) vgl. § 142 Abs 2 u. RG 89, 157; Warn 1911 Nr 360. Darüber, daß aus einem Löschungsvermerke nicht die Schlechtgläubigkeit bezüglich des Bestehens eines zu Unrecht gelöschten Rechtes zu entnehmen ist, vgl. § 891 A 6. Über den Zeitpunkt, in dem die Kenntnis vorliegen muß, vgl. A 13. Über die Besonderheiten bei der Hypothek vgl. A 6 „Hypothek" und § 1138 A 3b. — Ist der Erwerber von einem andern bei dem Erwerbe vertreten worden, so kommt es nach § 166 Abs 1 nicht auf die Kenntnis des Erwerbers, sondern auf die des Vertreters an, mit Ausnahme des Falles der Vollmachterteilung unter bestimmten Weisungen nach Maßgabe des § 166 Abs 2 Satz 1. Findet eine Vertretung durch mehrere Personen (Kollektivvertreter) statt, so genügt es, wenn einem der Vertreter (z. B. einem der Vorstandsmitglieder einer eingetragenen Genossenschaft oder einer Aktiengesellschaft, einem Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft, einem der mehreren Vertreter einer juristischen Person, beispielsweise des Fiskus) die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt ist (vgl. RG 9, 143; 59, 408; JW 93, 429[19]; Gruch 29, 703). Kenntnis des Grundbuchamts gilt nicht als Kenntnis eines Vertreters (RG 89, 162). — Wird ein in einem Rechtsstreite, betreffend das Nichtbestehen des eingetragenen Eigentums, befangenes Grundstück nach der Rechtshängigkeit veräußert, so wirkt das ergehende Urteil nach Eintritt der Rechtskraft gemäß § 325 Abs 1, 2 ZPO gegen den Rechtsnachfolger, wenn er zur Zeit des Erwerbs entweder die Rechtshängigkeit oder die Unrichtigkeit des Grundbuchs bezüglich des eingetragenen Eigentums gekannt hat (RG 79, 165; 88, 268; Gruch 60, 509; 61, 145).

11. Über den Begriff und die verschiedenen Arten der Verfügungsbeschränkungen vgl. § 878 A 3. Die Vorschrift des Abs 1 Satz 2 betrifft nur **Beschränkungen des Berechtigten in der Verfügung** über ein eingetragenes Recht **zugunsten einer bestimmten Person** (OLG 18, 110). Daher scheiden die im allgemeinen öffentlichen Interesse bestehenden Verfügungsbeschränkungen (vgl. die Beispiele in § 878 A 3 und RJA 5, 260; 14, 245; KGJ 25 A 147; OLG 6, 490; 22, 137) hier aus. Sie wirken unbedingt (absolut) gegen jedermann, gleichviel, ob sie dem Betroffenen bekannt sind oder nicht, und sind weder eintragungsbedürftig noch eintragungsfähig (RJA 14, 246; KGJ 50, 170; vgl. über die Nichteintragungsfähigkeit und Beispiele solcher Verfügungsbeschränkungen auch Vorbem 2 vor § 873). Die gegen sie verstoßenden Rechtsgeschäfte sind nichtig, sofern sich nicht aus dem Gesetze etwas anderes ergibt (§ 134; vgl. §§ 458, 472; RG JW 03 Beil 75).

Ferner kommen **auf Rechtsgeschäft beruhende Verfügungsbeschränkungen** für die Anwendung des Abs 1 Satz 2 grundsätzlich nicht in Betracht. Denn nach § 137 Satz 1 kann durch Rechtsgeschäft die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Übernahme der Verpflichtung, nicht zu verfügen, ist allerdings, soweit nicht § 1136 (Nichtigkeit eines zugunsten eines Hypothekengläubigers vereinbarten Veräußerungs- und Belastungsverbots) entgegensteht, nach § 137 Satz 2 wirksam. Aber die Verpflichtung hindert einen Erwerb auf Grund der (vertragswidrigen) Verfügung des Verpflichteten selbst dann nicht, wenn der Erwerber sie gekannt hat; auch kann sie, weil sie dem Gebiete der Schuldverhältnisse, nicht dem des Sachenrechts angehört, nicht eingetragen und dadurch etwa mit dinglichen Wirkungen gegenüber Dritten versehen werden (vgl. die Entsch. in Vorbem 2 Abs 2 vor § 873 und ferner über einzelne Fälle KGJ 20 A 292; 21 A 133; OLG 6, 122; 10, 69; 12, 20; 17, 30; 21, 407). — Jedoch sind in gewissen Ausnahmefällen rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen durch besondere gesetzliche Vorschriften mit Wirksamkeit versehen (vgl. § 878 A 3). Diese sind eintragungsfähig, und es findet auf sie die Vorschrift des § 892 Abs 1 Satz 2 Anwendung, so daß sie gegenüber dem Erwerber eines eingetragenen Rechtes nur wirksam sind, wenn sie aus dem Grundbuche ersichtlich oder dem Erwerber bekannt sind. Besonders gehören hierher die durch letztwillige Verfügung erfolgte Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§ 2211; vgl. GBO § 53, dazu § 891 A 3) oder eines Nacherben (§§ 2113ff.; vgl. GBO § 52; s. dazu RG 61, 232; 83, 436; JW 01, 102; RJA 4, 69; 6, 69; KGJ 22 A 315; 23 A 250; 42, 238; 47, 168; OLG 10, 448). Ist das Nacherbenrecht, das wirksam veräußert und verpfändet werden kann (RG 80, 377; 83, 437; Gruch 52, 680), für einen Gläubiger des Nacherben verpfändet oder gemäß § 857 Abs 2 ZPO gepfändet, so besteht nach § 1276 Abs 2 BGB und § 804 Abs 2 ZPO auch zugunsten des Pfandgläubigers oder des Pfändungsgläubigers eine Verfügungsbeschränkung, da das Recht, insbesondere mit

den aus § 2113 sich ergebenden Befugnissen, von dem Nacherben nicht mehr für sich ausgeübt werden kann, solange das Pfandrecht bzw. Pfändungspfandrecht fortbesteht (RG 80, 377; 83, 437); daraus folgt, daß, wenn das Nacherbenrecht im Grundbuch eingetragen ist, auch die Verpfändung bzw. die Pfändung, wiewohl das Nacherbenrecht kein dingliches Recht an dem zum Nachlaß gehörenden Grundstück oder Recht an einem Grundstück ist (RG 83, 436), ebenso wie die Abtretung des Nacherbenrechts, wonach dem Nacherben das Recht überhaupt nicht mehr zusteht, in das Grundbuch, sei es auf Bewilligung des Nacherben oder im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB; § 22 GBO), eingetragen werden kann, denn andernfalls würde das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange stehen, indem es den Anschein erwecken würde, als gelte die in dem Nacherbenrecht enthaltene Verfügungsbeschränkung noch ausschließlich zugunsten des Nacherben (RG 83, 434; KGJ 42, 239; 42, 241). Über die Frage, ob dem für einen Nacherben eingesetzten Ersatzerben vor dem Wegfall des erstberufenen Nacherben ein eintragungsfähiges Recht zusteht, vgl. KGJ 35 A 215; 42, 227. Ferner gehören hierher die zufolge Bedingungen oder Zeitbestimmungen (z. B.: daß eine Hypothek von einem gewissen Zeitpunkt einem andern als dem ersten Gläubiger zustehen soll; die Befristung eines Nießbrauchs) gemäß §§ 158, 161, 163 sich ergebenden Verfügungsbeschränkungen zugunsten des durch den Eintritt der Bedingung oder den Ablauf der Frist gewinnenden Teils (str.; nach a. M. handelt es sich dabei um absolut wirkende Begrenzungen des Rechtes; vgl. RG 76, 91; KGJ 49, 189). Richtiger ist es übrigens, in diesen Fällen die Verfügungsbeschränkungen nicht als rechtsgeschäftliche, sondern als gesetzliche zu bezeichnen, weil sie nicht „durch" Rechtsgeschäft begründet werden, sondern die betreffenden Rechtsgeschäfte durch besondere gesetzliche Vorschriften nur als Bedingung für den Eintritt der Beschränkungen gesetzt worden sind. Da in der Beschränkung der Verfügung zugleich ein Verbot der Veräußerung liegt, so sind diese Verfügungsbeschränkungen, soweit sich nicht aus dem Gesetze Sonderbestimmungen für sie ergeben, den gesetzlichen Veräußerungsverboten des § 135 gleichzustellen (M 3, 216; Prot 1, 125; vgl. A 4 „kraft Gesetzes"). — Das gleiche gilt auch von den auf dem familienrechtlichen Vertrage der Eheschließung und auf den vermögensrechtlichen Eheverträgen (§§ 1432ff., 1368, 1508, 1523, 1526, 1553, 1557) beruhenden Beschränkungen in der Verfügungsbefugnis des einen Ehegatten zugunsten des andern. Jedoch wirken bei dem gesetzlichen Güterstande, bei der Errungenschaftsgemeinschaft und bei der Fahrnisgemeinschaft die aus dem Verwaltungs- und Nutzungsrechte des Mannes hinsichtlich des eingebrachten Gutes sich ergebenden Beschränkungen der Ehefrau absolut, also auch gegen denjenigen Dritten, der die Verfügungsbeschränkung der Frau hinsichtlich des eingebrachten Gutes nicht gekannt hat (§§ 1404, 1525 Abs 2, 1550 Abs 2; vgl. RG 83, 241); daher fallen diese Beschränkungen nicht unter § 892 Abs 1 Satz 2 und sie sind auch überhaupt nicht eintragungsfähig (M 4, 319; RJA 3, 162). Letzteres gilt auch von den Änderungen der Verfügungsbefugnisse der Ehefrau, die sich daraus ergeben, daß durch Eheverträge bei dem gesetzlichen Güterstande das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Mannes ausgeschlossen, oder bei allen Arten des Güterstandes Vermögen der Frau zum Vorbehaltsgute erklärt wird; denn dadurch wird hinsichtlich des davon betroffenen Vermögens weder eine dingliche Rechtsänderung bewirkt, noch eine Verfügungs-„Beschränkung" begründet (vgl. M 4 S. 319, 320; RJA 3, 161; 4, 261; KGJ 38 A 211). Unzulässig ist ferner eine Eintragung auf Grund eines solchen Ehevertrags, wodurch bei der allgemeinen Gütergemeinschaft Vermögen der Frau zu Sondergut bestimmt wird; denn hierauf findet § 1404 Anwendung (§§ 1439 Satz 2, 1525 Abs 2). Sind solche Eintragungen trotzdem vorgenommen worden, so sind sie hinsichtlich der Wirkungen gutgläubigen Erwerbs bedeutungslos, da der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf unzulässige Eintragungen sich nicht erstreckt; zur Wirksamkeit des Erwerbs ist erforderlich, daß der betreffende Güterstand wirklich besteht, oder daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen das Recht bei gesetzlichem Güterstande erworben werden konnte (str., s. A 6). Dagegen ist, wenn durch Ehevertrag Vermögen der Eheleute zum Gesamtgute irgend einer Gütergemeinschaft bestimmt wird, diese Bestimmung eintragungsfähig und auch im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 2 eintragungsbedürftig; denn dadurch wird das Einzelvermögen kraft Gesetzes (§ 1438) zum Gesamthandsvermögen beider Eheleute und wird also eine dingliche Rechtsänderung herbeigeführt, zu deren Wirksamkeit gegenüber gutgläubigen Dritten die Berichtigung des Grundbuchs (§§ 1438 Abs 3, 894) erforderlich ist. Wenn daher z. B. der Ehemann als Alleineigentümer eines Grundstücks eingetragen steht, das zufolge Ehevertrags tatsächlich zum Gesamtgute der Eheleute gehört, so ist derjenige, der von dem Manne (ohne Einwilligung der Frau) das Grundstück gutgläubig zum Eigentum erwirbt, trotz § 1445 in seinem Erwerbe so geschützt, wie wenn der Mann Alleineigentümer wäre (vgl. M 4, 319; RJA 5, 125). Dem steht auch nicht etwa die Eintragung der Gütergemeinschaft in das Güterrechtsregister auf Grund § 1435 entgegen; denn das Güterrechtsregister, das die Änderungen hinsichtlich der Güterrechtsverhältnisse, die sich außerhalb des Registers durch Gesetz oder Ehevertrag vollziehen, nur beurkundet und daher keine Gewähr für die Richtigkeit und Voll-

ständigkeit bietet, insbesondere auch dem Dritten nur unter der Voraussetzung Schutz gewährt, daß die Eintragungen auf rechtsgültigen Grundlagen beruhen, hat nicht den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (vgl. M 4, 319; KGJ 38 A 211, jedoch RJA 3, 162; 4, 262). Für die Frage des guten Glaubens kommt es in dem genannten Falle darauf an, ob der Erwerber Kenntnis davon gehabt hat oder nicht, daß die Ehefrau zufolge der ehelichen Gütergemeinschaft Miteigentümerin des Grundstücks sei. Weiß dies der Erwerber, so kann er sich nicht etwa darauf berufen, daß er (z. B. weil der Mann das Grundstück in die Ehe eingebracht habe und die Eheleute in Scheidung lebten) angenommen habe, der Mann sei allein zur Verfügung über das Grundstück befugt. Denn auf die aus dem Mangel der Verfügungsmacht sich ergebende Ungültigkeit des Erwerbsgeschäfts erstreckt sich die Wirkung des Glaubens des Grundbuchs nicht (**RG** U. v. 11. 6. 13 V 62/13; A 6 Abs 4). — Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, worauf nach Art 61 EG die §§ 892, 893 Anwendung finden (vgl. RJA 4, 110), können nach Landesrecht bestehen auf Grund der Vorbehalte in Artt 59, 62, 64 EG (Lehn- und Fideikommiß-, Anerbenguts-, Rentenguts-Eigenschaft).

Verfügungsbeschränkungen im Sinne des § 892 Abs 1 Satz 2 sind die nur dem Schutze bestimmter Personen dienenden **gesetzlichen, behördlichen oder richterlichen Veräußerungsverbote** der §§ 135, 136 und die **Konkurseröffnung.** Vgl. über die einzelnen Fälle der ersteren und über die Wirkung der letzteren § 878 A 3. Ein gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 ergibt sich auch aus § 90 Abs 2 PrivVUntG v. 12. 5. 01 (vgl. OLG 8, 401). — Der Arrestbefehl kommt als Verfügungsbeschränkung nicht in Betracht. Denn er wird erst wirksam mit der Vollziehung und diese erfolgt in ein eingetragenes Recht durch Pfändung und in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek (§§ 930, 932, 830ff., 857 Abs 6, 866f.), womit der Arrestbefehl seine Erledigung gefunden hat. Sofern daher nicht etwa zugleich ein Veräußerungsverbot auf Grund einstweiliger Verfügung (§ 938 Abs 2; s. **RG** JW 03 Beil 75; KGJ 30 A 240) mit dem Arrestbefehl verbunden ist, schadet z. B. demjenigen, der von dem Arrestschuldner dessen Grundstück erwirbt, bevor von dem Arrestgläubiger zur Vollziehung des Arrestbefehls (§ 932 Abs 3 ZPO) die Eintragung einer Sicherungshypothek bei dem Grundbuchamte beantragt worden ist, die Kenntnis von der Anordnung des Arrestes nicht (a. M.: M 3, 218). — Die Vormerkung, die nach § 885 nicht nur auf einer einstweiligen Verfügung, sondern auch auf rechtsgeschäftlicher Eintragungsbewilligung beruhen kann und die erst durch Eintragung entsteht, ist nicht eine Verfügungsbeschränkung. Sie hat zwar Wirkungen wie diese, folgt aber ihren eigenen Regeln, so daß § 892 Abs 1 Satz 2 auf sie nicht Anwendung findet (vgl. hierüber § 883 A 8). Über Sicherung des Anspruchs auf Grund Anfechtung eines Erwerbs nicht durch Vormerkung, sondern durch einstweilige Verfügung, vgl. § 883 A 2.

Soweit nach dem vorstehenden Verfügungsbeschränkungen unter § 892 Abs 1 Satz 2 fallen, ist ihre **Wirkung gegenüber demjenigen, der durch Rechtsgeschäft ein eingetragenes Recht erwirbt,** davon abhängig, daß sie aus dem Grundbuche ersichtlich oder dem Erwerber bekannt sind. Aber auch bei Vorliegen dieser Voraussetzungen machen sie nicht, wie die im öffentlichen Interesse bestehenden Verfügungsbeschränkungen, die rechtsgeschäftliche Verfügung nichtig, sondern diese ist nur denjenigen gegenüber unwirksam, deren Schutz die Verfügungsbeschränkung bezweckt (vgl. § 135 Abs 1 Satz 1; **RG** JW 03 Beil 75), sofern nicht das Gesetz etwas anderes bestimmt (vgl. z. B. bezüglich der Bedingung § 161, bezüglich der Nacherbschaft § 2113, bezüglich des ehelichen Güterstandes §§ 1396ff., 1448). Inwieweit die Verfügung diesen Geschützten gegenüber unwirksam ist, bestimmt sich nach dem Inhalte der Beschränkung. In den betreffenden Grenzen hat der Verletzte gemäß § 894 einen dinglichen Anspruch auf Beseitigung der Rechtsverletzung und Herstellung der Übereinstimmung des Grundbuchs mit der materiellen Rechtslage. Beruht die Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkung auf Schlechtgläubigkeit des Erwerbers, so kann auch ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 823ff. gegen ihn gegeben sein. — Da aber die Verfügungsbeschränkung die dagegen verstoßenden Verfügungen, in der Regel wenigstens, nur zugunsten des Geschützten unwirksam macht und die Verfügungen durch Wegfall der Beschränkung vollinhaltlich gültig werden können, ist der Berechtigte, soweit diese Regel zutrifft, an der Verfügung über sein eingetragenes Recht auch dann nicht gehindert, wenn die Beschränkung eingetragen ist. Daher wird das Grundbuch durch die Eintragung nicht gesperrt, so daß das Grundbuchamt die Eintragung für den Erwerber des Rechtes nicht wegen der eingetragenen Beschränkung ablehnen darf (vgl. RJA 2, 140; 6, 67; 8, 50; OLG 4, 161; aber auch RJA 3, 154; OLG 5, 144 und bezüglich der Löschung des durch die Beschränkung betroffenen Rechtes RJA 3, 46; 4, 69; 6, 66; 6, 69; KGJ 22 A 315; 23 A 250; OLG 10, 448). Dies gilt insbesondere auch von den Veräußerungsverboten der §§ 135, 136. Z. B. hat das Grundbuchamt auch nach Eintragung des Vermerks über die zugunsten des betreibenden Gläubigers als Beschlagnahme wirkende Einleitung der Zwangsversteigerung (§ 19 Abs 1, §§ 20ff. ZVG) die Auflassung seitens des Schuldners und Eigentümers oder die Bewilligung der Eintragung eines begrenzten Rechtes für einen anderen entgegenzunehmen

und die entsprechende Eintragung für den Erwerber zu bewirken (OLG 4, 161). Anders aber verhält es sich mit der durch die Konkurseröffnung oder die Anordnung einer Nachlaßverwaltung verbundenen Verfügungsbeschränkung. Vgl. hierüber § 878 A 3 „Konkurseröffnung". — Die Veräußerungsverbote der §§ 135, 136 haben ferner nach § 135 Abs 1 Satz 2 gegenüber den im Wege der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung erfolgenden Verfügungen die nämlichen Wirkungen, wie gegenüber einer rechtsgeschäftlichen Verfügung. Jedoch hinsichtlich des Erwerbs eines Rechtes an einem Grundstück oder eines Rechtes an einem solchen Rechte greift, wenn der Erwerb durch Rechtsgeschäft erfolgt, § 892 Abs 1 Satz 2 Platz, in dem, wie sich aus Abs 1 Satz 1 ergibt, unter „Erwerber" ein rechtsgeschäftlicher Erwerber zu verstehen ist, während auf einen Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung § 892 Abs 1 Satz 2 keine Anwendung findet (**RG** 84, 281; 90, 338; s. A 4 vorletzter Absatz) und deshalb für einen solchen Erwerb die Bestimmung des § 135 Abs 2 über Anwendung der Vorschriften zum Schutze gutgläubigen Rechtserwerbs gegenüber Veräußerungsverboten ohne Bedeutung ist (**RG** 90, 339). Daher ist ein solcher im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgender Erwerb, welcher gegen ein Veräußerungsverbot nach §§ 135, 136 verstößt, auch dann gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten das Verbot besteht, unwirksam, wenn das Verbot weder im Grundbuch eingetragen noch dem Erwerber zur Zeit des Erwerbes bekannt ist (**RG** 90, 341). Anderseits wird die Eintragung des erworbenen Rechtes (z. B. einer Zwangshypothek auf das zur Zwangsversteigerung stehende Grundstück) dadurch an sich nicht gehindert, daß ein Veräußerungsverbot im Grundbuch eingetragen steht (vgl. auch die Ordnungsvorschrift des § 772 ZPO; RJA 4, 59). Die Veräußerungsverbote sind aber im Falle des Konkurses über das Vermögen desjenigen, gegen den sie sich richten, nach § 13 KO den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, mit Ausnahme der Beschlagnahme zufolge Zwangsversteigerung.

12. In welcher Weise die **Verfügungsbeschränkungen im Grundbuche ersichtlich** zu machen sind, bestimmt sich gemäß ihrer Art nach den Anordnungen der Landesjustizverwaltung (§ 1 Abs 2 GBO). In Preußen sind sie, wenn sie das Verfügungsrecht des Eigentümers betreffen (z. B. Fideikommißeigenschaft, Nacherbfolge, Testamentsvollstreckung, Zwangsversteigerung, andere Veräußerungsverbote, Konkurs), in der zweiten Abteilung, und, wenn sie sich auf ein begrenztes Recht (z. B. Reallast, Hypothek) beziehen, bei dem betreffenden Rechte in Spalte Veränderungen einzutragen (§§ 11 Nr 2, 12 AVf v. 20. 11. 99). Besteht die Verfügungsbeschränkung hinsichtlich eines begrenzten Rechtes in einer Bedingung, so wird sie mit dem Rechte zugleich oder, wenn die Eintragung erst nachträglich erfolgt, in Spalte Veränderungen einzutragen sein. — Da die Verfügungsbeschränkungen, insbesondere auch die Veräußerungsverbote der §§ 135, 136, an sich auch außerhalb des Grundbuchs bestehen, daher das Grundbuch, wenn es sie nicht aufweist, unrichtig ist, so erfolgt die Eintragung im Wege der Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 (vgl. § 22 Abs 1 Satz 2 GBO; RJA 6, 239; auch 3, 154). — Zur Vornahme der Eintragung seitens des Grundbuchamts ist erforderlich die Einreichung der Grundlagen, aus denen sich die Verfügungsbeschränkung ergibt (z. B. des Testaments bei der Nacherbfolge oder der Testamentsvollstreckung, der einstweiligen Verfügung) und ein Eintragungsantrag des aus der Beschränkung Berechtigten (z. B. des Gläubigers bei der einstweiligen Verfügung), soweit nicht die Eintragung von Amts wegen zu erfolgen hat (vgl. §§ 52, 53 GBO) oder, wie regelmäßig bei den behördlichen Veräußerungsverboten, eine dazu befugte Behörde um Eintragung ersucht (z. B. bei der Zwangsversteigerung, Konkurseröffnung, einstweiligen Verfügung, § 19 ZVG, § 113 KO, § 941 ZPO). — Über Vermerk der Verfügungsbeschränkung auf dem Hypothekenbrief gemäß §§ 42, 62 GBO vgl. RJA 2, 204; OLG 12, 168. — Durch die Eintragung wird die (an sich außerhalb des Grundbuchs bestehende) Verfügungsbeschränkung (z. B. eine einstweilige Verfügung) inhaltlich nicht geändert. Vielmehr wird durch die Eintragung die Wirkung nur in der Weise verstärkt, daß sie dem Erwerber des von der Beschränkung betroffenen eingetragenen Rechtes auch dann entgegensteht, wenn er sie nicht gekannt hat (**RG** Gruch 47, 904).

13. Der maßgebende **Zeitpunkt, bis zu dem der Erwerber** von der Unrichtigkeit des Grundbuchs (Abs 1 Satz 1) oder von dem Bestehen der nicht eingetragenen Verfügungsbeschränkung (Abs 1 Satz 2) **keine Kenntnis erlangt haben darf,** wenn er durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in seinem Erwerbe geschützt sein soll, ist, wie aus Abs 1 Satz 1 (wonach zugunsten desjenigen, welcher ein Recht „erwirbt", der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt) und auch aus Abs 2 Halbsatz 2 (wonach, wenn die nach § 873 erforderliche Einigung „erst später" zustande kommt, die „Zeit der Einigung" für die Kenntnis des Erwerbers maßgebend ist) sich ergibt, die Zeit der Vollendung des Erwerbs (**RG** 89, 160). In den Ausnahmefällen, in denen es außer der **Einigung** (§ 873 Abs 1) eines anderen rechtswirkenden Umstandes als der Eintragung zum Erwerbe bedarf, immer der Augenblick, in dem beide Erfordernisse für den Erwerb zusammengetroffen sind, mag das eine oder das andere Erfordernis vorausgegangen sein; also z. B. bei der Übertragung einer Briefhypothek gemäß § 1154 Abs 1, 2, wenn zuerst die schriftliche Abtretungserklärung

dem Erwerber gegenüber abgegeben oder die diese ersetzende Eintragung für den Erwerber erfolgt und demnächst der Hypothekenbrief dem Erwerber nach Maßgabe des § 1117 übergeben worden ist, der Zeitpunkt der Übergabe, im umgekehrten Falle der Zeitpunkt der Abtretungserklärung bzw. der Eintragung. — Würde für den Regelfall der Erforderlichkeit von Einigung und Eintragung zum Erwerbe nicht die Bestimmung des Abs 2 gegeben sein, so würde entsprechend, wenn die Einigung der Eintragung vorangegangen wäre, der Zeitpunkt der Eintragung, und wenn die Einigung der Eintragung nachgefolgt wäre, der Zeitpunkt der Einigung maßgebend sein, da sich auch hier erst mit dem Zusammentreffen beider Erfordernisse der Erwerb vollzieht. Das Gesetz hat jedoch im Abs 2 Halbsatz 1 zugunsten des Erwerbers für den ersten regelmäßigen Fall, also wenn nach vorausgegangener Einigung sich durch die Eintragung der Erwerb vollendet (RG 89, 160), den Zeitpunkt vorangesetzt auf die Zeit der **Stellung des Eintragungsantrags**, so daß danach der Erwerber auch dann geschützt ist, wenn er in der Zwischenzeit bis zur Eintragung nachträglich Kenntnis erlangt (vgl. RG 74, 420; 89, 161; OLG 8, 108). Diese von der zweiten Kommission eingeführte Vorschrift ist in den Vorarbeiten damit begründet worden, es müsse dem Erwerber bei der Unbestimmtheit des sonst maßgebenden Zeitpunkts der Eintragung die Möglichkeit gewahrt werden, mit Sicherheit die Valuta an den andern Teil zu zahlen, sobald die Eintragung beim Grundbuchamte beantragt sei (Prot 3, 80ff.). Über den Eintragungsantrag, der nach § 13 Abs 2 GBO sowohl von dem Passivbeteiligten als auch von dem Erwerber gestellt werden kann und nach § 30 GBO keiner Form bedarf, vgl. § 878 A 5. Hervorzuheben ist hier noch, daß ein Eintragungsantrag nur vorliegt, wenn ein solcher bei dem Grundbuchamt gestellt ist. Auch in denjenigen Fällen, in denen nach landesgesetzlicher Vorschrift eine Auflassung an anderer Stelle als vor dem Grundbuchamt erklärt werden kann (s. § 925 A 12; z. B. vor einem Notar) und dort der Antrag auf Eintragung des Eigentums des Erwerbers gestellt wird, ist der Eintragungsantrag im Sinne des § 892 Abs 2 erst dann gestellt, wenn die ihn enthaltende Urkunde dem Grundbuchamt zugegangen ist (OLG 26, 8). Zu bemerken ist ferner, daß der Antrag, wenn er zurückgenommen (§ 32 GBO) oder wegen bestehender Hindernisse zurückgewiesen wird, bedeutungslos ist, und daß es bei etwaiger Wiederholung des Antrags auf den Zeitpunkt dieses zweiten Antrags ankommt (vgl. RJA 4, 113). — Ist zur Vollendung des Erwerbs außer der (vorausgegangenen Einigung und) Eintragung noch ein anderer Rechtsakt, der später nachfolgt, erforderlich, so findet Abs 2 Halbsatz 1 keine Anwendung; es ist dann der Zeitpunkt dieses Rechtsakts der für die Kenntnis maßgebende Zeitpunkt (RG 89, 160). Dies gilt z. B. im Falle der Bestellung einer Briefhypothek, die von dem Gläubiger nicht schon mit der Eintragung, sondern gemäß § 1117 erst mit der Übergabe des Hypothekenbriefs erworben wird, hinsichtlich der Frage, ob der Gläubiger (zu der Zeit, als sich sein Erwerb vollendete, also zur Zeit der Übergabe des Briefes) Kenntnis davon gehabt hat, daß der die Hypothek bestellende als Eigentümer Eingetragene nicht wahrer Grundstückseigentümer war oder daß gegen den Eigentümer ein (im Grundbuch nicht eingetragenes) Veräußerungsverbot (Verfügungsbeschränkung im Sinne des Abs 1 Satz 2) erlassen worden war (vgl. RG 89, 160). Ist allerdings zwischen dem die Hypothek Bestellenden und dem Gläubiger schon vor der Eintragung der Hypothek (z. B. zugleich mit der Einigung über die Hypothekbestellung) eine die Übergabe ersetzende Vereinbarung gemäß § 1117 Abs 2 getroffen, so findet, da nach dieser Vorschrift die Übergabe (schon) „durch die Vereinbarung", daß der Gläubiger berechtigt sein solle, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, ersetzt wird, und die Vereinbarung auch schon vor der Herstellung des Hypothekenbriefs wirksam getroffen werden kann, mithin der Gläubiger in solchem Falle die Hypothek bereits mit der Eintragung erwirbt (RG 64, 313; 66, 210; 81, 425), Abs 2 Halbsatz 1 Anwendung, so daß hinsichtlich der vorbezeichneten Kenntnis die Zeit der Stellung des Eintragungsantrags maßgebend ist (RG 89, 161). Gleiches gilt aber nicht, wenn nur der die Hypothek Bestellende in der Eintragungsbewilligung das Grundbuchamt ermächtigt, den Hypothekenbrief dem Gläubiger unmittelbar auszuhändigen, da diese nur einseitige Bestimmung im Sinne des § 60 Abs 2 GBO nicht eine Vereinbarung nach § 1117 Abs 2 enthält (RG 66, 100; 77, 107) und daher der Gläubiger die Hypothek erst erwirbt, sobald ihm vom Grundbuchamte der hergestellte Hypothekenbrief ausgehändigt worden ist (RG 89, 160). — Handelt es sich darum, ob der Rechtsurheber, von dem der Erwerber seinen Erwerb herleitet, nicht der Berechtigte oder doch zu der betreffenden Verfügung (z. B. zufolge eines gegen ihn erlassenen [im Grundbuch nicht eingetragenen] Veräußerungsverbots) nicht befugt und ob dies dem Erwerber bekannt war, so hat die Anwendung des Abs 2 Halbsatz 1 zur Voraussetzung, daß der Rechtsurheber im Grundbuch eingetragen ist. Wenn der Rechtsurheber zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrages als Berechtigter im Grundbuch nicht eingetragen steht, wiewohl er nur im Falle seiner Eintragung Berechtigter sein könnte (wenn z. B. der die Eintragung einer Hypothek Bewilligende zwar die Auflassung des Grundstücks erhalten hat, aber er noch nicht als Eigentümer eingetragen ist), so kann überhaupt nicht die Rede davon

sein, daß der Erwerber zu dieser Zeit hinsichtlich der Berechtigung des Rechtsurhebers in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs ist; denn das Grundbuch enthält dann davon, daß der Rechtsurheber Berechtigter sei, nichts, sein Inhalt umfaßt die Berechtigung des Rechtsurhebers nicht, und daher spricht dieser Inhalt sogar gegen das Bestehen der Berechtigung (**RG** 89, 161). Auch wenn in solchem Falle der Rechtsurheber zugleich mit der Eintragung des Rechtes des Erwerbers als Berechtigter eingetragen wird und der Erwerber durch seine Eintragung das betreffende Recht erwirbt, ist hinsichtlich der Frage der Kenntnis des Erwerbers davon, daß der Rechtsurheber (trotz seiner Eintragung) nicht wahrer Berechtigter oder (zufolge Verfügungsbeschränkung) nicht zur Verfügung befugt war, nicht der Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags, sondern der der Eintragung maßgebend (**RG** 89, 162). — Ist das Grundbuch unrichtig, weil ein Recht außerhalb des Grundbuchs besteht (z. B. weil es zu Unrecht gelöscht ist), oder ist eine bestehende Verfügungsbeschränkung (z. B. die Fideikommißeigenschaft) im Grundbuche nicht eingetragen, so kann das Grundbuchamt, wenn es davon aus dem Grundbuch oder den Grundakten Kenntnis erlangt, die Eintragung eines entgegenstehenden Erwerbs, sofern sich dieser nicht ausnahmsweise außerhalb des Grundbuchs vollzieht (KGJ 28 A 92), ablehnen ohne Rücksicht darauf, daß der Erwerber möglicherweise seinerseits bei Stellung des Eintragungsantrags keine Kenntnis davon hatte; denn den Erwerber schützt sein guter Glaube erst dann, wenn er das Recht erworben hat, und durch den nur für den Fall des Erwerbs hinsichtlich des Zeitpunkts der Kenntnis maßgebenden Eintragungsantrag erwirbt er das Recht noch nicht (RJA 4, 110; KGJ 28 A 93, auch **RG** 57, 281). — Ist eine Auflassung gemäß Art 143 EG vor einer anderen Behörde als dem Grundbuchamte erklärt, so kommt es auf den Zeitpunkt des Eingangs der Auflassungsverhandlung nebst dem Eintragungsantrage beim Grundbuchamte an, da erst dann bei diesem der Antrag gestellt ist (vgl. **RG** 53, 88). — Vorausgesetzt ist immer, daß die sonstigen Erfordernisse für einen rechtsgültigen Erwerb vorliegen. Hat aber jemand als Nichtberechtigter oder als Vertreter ohne Vertretungsmacht zugunsten des Erwerbers verfügt, so wirkt die den Erwerb gemäß §§ 177, 185 gültig machende Genehmigung des Berechtigten oder Vertretenen nach § 184 dergestalt zurück, daß der Erwerber geschützt ist, wenn er zur Zeit der Vornahme des Erwerbsakts, insonderheit des durch Eintragung erledigten Eintragungsantrags, in gutem Glauben war (**RG** 69, 270). — Vgl. hinsichtlich Kenntnis des Zwangsversteigerungsantrags § 23 ZVG.

§ 893

Die Vorschriften des § 892 finden entsprechende Anwendung[1]), wenn an denjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist[2]), auf Grund dieses Rechtes eine Leistung bewirkt[3]) oder wenn zwischen ihm und einem anderen in Ansehung dieses Rechtes[2]) ein nicht unter die Vorschriften des § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält[4]).

E I 838 II 811; M 3 223; P 3 86 f.

1. Zufolge **entsprechender Anwendung des § 892 gilt** derjenige, an den auf sein eingetragenes Recht eine Leistung bewirkt wird oder der eines der im Halbs 2 bezeichneten Rechtsgeschäfte hinsichtlich seines eingetragenen Rechtes vornimmt, **zugunsten des anderen Teiles als der wirklich Berechtigte,** auch wenn er dies tatsächlich nicht ist (OLG 18, 110), **sowie als zur Verfügung über das Recht befugt,** auch wenn er in Wirklichkeit, infolge einer nicht eingetragenen Verfügungsbeschränkung, zu der Annahme der Leistung oder zu dem verfügenden Rechtsgeschäfte nicht befugt ist, es sei denn, daß gegen den Leistungsempfänger ein Widerspruch für das Recht des wahren Berechtigten eingetragen oder dem anderen Teile das Bestehen dieses letzteren Rechtes bzw. der Verfügungsbeschränkung bekannt ist. Wenn keine der letzteren die Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ausschließenden Tatsachen vorliegen, wird der Leistende auch gegenüber dem wahren Berechtigten bzw. trotz der Verfügungsbeschränkung des Berechtigten befreit (OLG 18, 110), und ist das verfügende Rechtsgeschäft zugunsten des andern Teiles so wirksam, wie wenn der wahre Berechtigte es vorgenommen hätte oder der Berechtigte nicht in der Verfügung beschränkt wäre. — Wahrer Berechtigter ist nur derjenige, der tatsächlich Inhaber des Rechtes ist und statt des Leistungsempfängers bzw. Verfügenden eingetragen sein sollte, nicht derjenige, der nur einen persönlichen (schuldrechtlichen) Anspruch auf Einräumung des Rechtes hat; ein solcher Anspruch nimmt dem Empfänger bzw. Verfügenden die Berechtigung nicht, und selbst die Kenntnis davon schadet dem anderen Teile nicht (s. § 892

A 10). — Der wahre Berechtigte muß sich an den Empfänger bzw. Verfügenden halten. Er kann insbesondere gemäß § 816 Abs 1 Satz 1, Abs 2 von diesem Herausgabe der empfangenen Leistung bzw. das zufolge der Verfügung Erhaltene verlangen. Nur wenn die Verfügung unentgeltlich erfolgt ist, hat er gemäß § 816 Abs 1 Satz 2 auch gegen den andern Teil einen Anspruch auf Herausgabe des auf Grund der Verfügung erlangten Vorteils. Dagegen steht ihm gegen den anderen Teil, auch wenn dieser fahrlässig gehandelt hat, ein Schadensersatzanspruch nach § 823 nicht zu, da der andere Teil, der eine der im § 893 bezeichneten Rechtshandlungen mit oder gegenüber dem als Berechtigter Eingetragenen vorgenommen hat, auch gegen persönliche Ansprüche des nicht eingetragenen wahren Berechtigten (abgesehen von dem vorbezeichneten Bereicherungsanspruch) geschützt ist, sofern nicht ihm die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen war (**RG** 85, 61; 90, 397; vgl. § 892 A 5). — Der maßgebende Zeitpunkt, bis zu dem die fragliche Kenntnis des anderen Teiles nicht vorliegen darf, wenn die vorgenannten Wirkungen des öffentlichen Glaubens zu seinen Gunsten eintreten sollen, ist der Zeitpunkt, in dem die Leistung vollendet oder das Rechtsgeschäft wirksam wurde, und, wenn zur Wirksamkeit die Eintragung erforderlich ist, nach § 892 Abs 2 die Zeit der Stellung des Eintragungsantrags oder, falls das Rechtsgeschäft erst nach der Eintragung zustande kommt, die Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts. — Wegen der für die Hypothek geltenden Sondervorschriften vgl. § 892 A 6 „Hypothek". Hervorzuheben ist hier, daß der gemäß § 1155 legitimierte Besitzer des Briefes über eine Briefhypothek als eingetragener Gläubiger gilt.

2. Auf ein **eingetragenes Recht,** also auf Eigentum oder ein begrenztes Recht am Grundstücke oder ein Recht an einem solchen Rechte (s. § 873 A 6) muß geleistet worden oder das verfügende Rechtsgeschäft bezüglich sein, wenn § 893 Anwendung finden soll. Rechte aus Schuldverhältnissen, auch wenn sie zu eingetragenen Rechten in Beziehung stehen, fallen nicht unter § 893. Daher wird z. B. der Mieter, der die Mietzinsen nicht an den aus dem Mietvertrage wirklich Berechtigten, sondern an den zahlt, der zwar als Eigentümer eingetragen, aber (beispielsweise zufolge Nichtigkeit der Auflassung) tatsächlich nicht Eigentümer ist, nicht befreit, auch wenn er den Eingetragenen für den Berechtigten gehalten, insbesondere etwa angenommen hat, dieser sei gemäß § 571 an die Stelle des Vermieters getreten (str.). — Auf (aus Versehen) eingetragene Rechte, die nicht eintragungsfähig sind (s. Vorbem 2 vor § 873), ist die Anwendung des § 893 ausgeschlossen, da nur der zulässige Grundbuchinhalt unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens steht (s. § 892 A 6).

3. **Leistungen werden bewirkt auf Grund eingetragener Rechte,** z. B.: durch Zahlung des Hypothekenkapitals seitens des Eigentümers an den (eingetragenen, aber [z. B. weil die Abtretung, auf der die Eintragung beruhte, wegen mangelnder Vertretungsmacht des im Namen des ursprünglichen Gläubigers Abtretenden unwirksam ist] nicht wahren oder nicht allein berechtigten) Gläubiger einer Buchhypothek (RJA 11, 62; OLG 18, 110); durch Zahlung von Zinsen seitens des Eigentümers auf hypothekarische Rechte, gleichviel ob diese verbriefte oder unverbriefte sind (vgl. §§ 1158, 1159, 1160 Abs 3; s. **RG** 56, 415); durch Entrichtung der Einzelleistungen aus einer Reallast. Aber auch durch Erfüllung eines Vorkaufsrechts sowie durch Unterhaltung der für eine Grunddienstbarkeit bestimmten Anlage im Falle des § 1021. Auch Zahlung der Ablösungssumme für eine Reallast und (s. oben) Kapitalzahlungen auf Buchhypotheken und Buchgrundschulden fallen unter § 893. Dagegen nicht Kapitalzahlungen auf Briefhypotheken und Briefgrundschulden. Denn der eingetragene Gläubiger ist als solcher nicht schon durch die Eintragung zur Einziehung des Kapitals legitimiert, sondern gemäß §§ 1144, 1145 Abs 1, 1160 Abs 1 Halbs 1, 1192 erst dann, wenn er den Brief vorlegt (Prot 3, 86; **RG** 56, 415). — Daß von bestimmten Personen und von welchen die Leistung bewirkt sein müsse, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben. Daher muß § 893 auch dann Anwendung finden, wenn nicht der Eigentümer oder sonst ein Verpflichteter, sondern ein Dritter, sei es für jenen oder um das Recht zu erwerben (§§ 1143, 1150, 268), die Leistung bewirkt.

4. Ein **nicht unter § 892 fallendes, eine Verfügung enthaltendes Rechtsgeschäft** ist nach der ersteren Richtung ein solches Rechtsgeschäft, das nicht auf den Erwerb eines Rechtes am Grundstücke oder eines Rechtes an einem solchen Rechte (s. § 892 A 2) gerichtet ist (**RG** 56, 415), und nach der anderen Richtung ein solches zweiseitiges oder einseitiges Rechtsgeschäft, das nicht lediglich der Begründung einer persönlichen (schuldrechtlichen) Verpflichtung zur Einräumung eines Rechtes (vgl. **RG** 90, 399; Warn 1912 Nr 391), sondern die unmittelbare Herbeiführung einer dinglichen Rechtsänderung (der Übertragung, Belastung, Änderung des Inhalts, Aufhebung eines Rechtes) zum Gegenstande hat (**RG** 90, 399; 92, 35; s. § 873 A 8). — Zweiseitige Rechtsgeschäfte dieser Art sind z. B.: die Einigung über Änderung des Inhalts eines Rechtes (§ 877); die Verlegung einer Grunddienstbarkeit gemäß § 1023; die Änderungen hypothekarischer Rechte nach Maßgabe der §§ 1119 Abs 2, 1180, 1186, 1198, 1203. Wegen der Rangänderung vgl. § 880 A 2. — Zu den betreffenden einseitigen Verfügungsgeschäften gehört besonders

die Aufhebung eines Rechtes (vgl. RG 90, 399). Hierzu ist, wenn es sich um Aufhebung eines ein Recht am Grundstücke belastenden Rechtes handelt, die Aufgabeerklärung des Inhabers des belastenden Rechtes gegenüber (§ 130 Abs 1) dem Inhaber des belasteten Rechtes erforderlich und genügend; einer Eintragung bedarf es nicht (s. § 875 A 2). Das belastende Recht gilt also zugunsten des Inhabers des belasteten Rechtes als wirksam aufgehoben, wenn der Inhaber zur Zeit der Erklärung ihm gegenüber von der Nichtberechtigung des Erklärenden keine Kenntnis hat. Zur Aufhebung eines das Grundstück belastenden Rechtes ist nach § 875 Abs 1 Aufgabeerklärung und Löschung erforderlich. Ist die letztere erfolgt, so gilt das Recht trotz Nichtberechtigung des Erklärenden zugunsten des Eigentümers als wirksam aufgehoben, wenn der Eigentümer zur Zeit der Stellung des Löschungsantrags (s. A 1) keine Kenntnis von der Nichtberechtigung hat. Jedoch ist Voraussetzung für diese Wirkung auch hier, daß die Erklärung gegenüber dem Eigentümer abgegeben wird, wiewohl nach § 875 Abs 2, wenn der Erklärende wirklicher Berechtigter ist, die Abgabe der Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte zur Aufhebung genügt (str.). Denn § 893 Halbs 2 erfordert ein „zwischen dem Eingetragenen und einem anderen vorgenommenes" Rechtsgeschäft. Daß dieser Unterschied bestehen sollte, ist auch bei den Gesetzesvorarbeiten ausdrücklich hervorgehoben worden; nur unter der genannten Voraussetzung sollte der Eigentümer geschützt sein, weil er nur dann in seinem nach Lage des Grundbuchs begründeten Vertrauen auf die Wirksamkeit der Aufgabeerklärung getäuscht sei (Prot 3, 87). — Ferner gehört zu den fraglichen einseitigen Verfügungsgeschäften die Kündigung seitens des oder (von dem Eigentümer) an den eingetragenen, tatsächlich nicht berechtigten Inhaber einer Grundstücksbelastung sowie die Kündigung seitens des oder (von dem Rechtsinhaber) an den eingetragenen, tatsächlich nicht berechtigten Eigentümer (vgl. RG 90, 399). Sie gilt also zugunsten des anderen gutgläubigen Beteiligten als rechtsbeständig auch dem wahren Berechtigten gegenüber. Jedoch ist die Kündigung einer Hypothek und Grundschuld besonders geregelt (vgl. §§ 1141, 1156; auch §§ 1148, 1155, 1158 ff., 1192, 1193, 1202). — Auch die Einwilligung und die Genehmigung des Berechtigten zu Verfügungen, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft (§ 185), ist als Verfügung im Sinne des § 893 anzusehen (RG 90, 399). — Die Erteilung einer Vollmacht zur Verfügung dagegen kann im allgemeinen nicht als Verfügung gelten; dadurch erlangt zwar der Bevollmächtigte die rechtliche Befähigung, mit Wirksamkeit für den Vollmachtgeber über das Recht zu verfügen, solange die Vollmacht nicht widerrufen ist, aber die Vollmachtserteilung ist nur ein Mittel zur Bewirkung der Verfügung, nicht Verfügung selbst, da sie für sich allein nicht unmittelbar eine Rechtsänderung herbeiführt. Wenn jedoch eine Vollmacht zur Verfügung über eine Sache in der Weise erteilt wird, daß sie unwiderruflich ist, und zugleich dem Bevollmächtigten Besitz- und Nutzungsrechte an der Sache eingeräumt werden (z. B. im Falle der Erteilung der Vollmacht zur Parzellierung eines Grundstücks), ist eine Verfügung als gegeben zu erachten, da dann das Eigentumsrecht des Vollmachtgebers hinsichtlich der freien Verfügungsmacht und des Besitz und Nutzung umfassenden Inhalts unmittelbar eine Änderung erfährt (vgl. RG 90, 400). — Die eine Leistung ersetzenden Rechtsgeschäfte (Erfüllungssurrogate, wie Aufrechnung, Annahme an Erfüllungs Statt) sind ebenfalls hierher zu zählen. — Nicht Verfügungsgeschäfte sind z. B.: die dem Gebiete der Schuldverhältnisse angehörenden Vermietungen und Verpachtungen; die nicht als sachenrechtliches Rechtsgeschäft sich darstellende Prozeßführung, so daß ein gegen den eingetragenen Nichtberechtigten (z. B. auf Aufhebung des Rechtes) erstrittenes Urteil gegenüber dem seine Eintragung erlangenden Berechtigten, der nicht Rechtsnachfolger (§ 325 ZPO) des Nichtberechtigten ist, nicht wirkt (str.; vgl. M 3, 223); die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung (vgl. § 883 A 8).

§ 894

Steht der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechtes an dem Grundstück, eines Rechtes an einem solchen Rechte oder einer Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs 1 bezeichneten Art mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange[1]), so kann derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist[2]), die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs[3]) von demjenigen[4]) verlangen[5]), dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird[4]).

E I 843 II 813; M 3 234 ff.; P 3 102 f.; 4 589; 6 386.

1. **Mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht der Inhalt des Grundbuchs** (s. § 892 A 6) in Ansehung eines Rechtes an dem Grundstück, eines Rechtes an einem solchen Rechte (s. § 873 A 3—6) oder einer Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs 1 bezeichneten

Art (s. § 892 A 11) im allgemeinen dann, wenn ein dingliches Recht an dem Grundstücke (Eigentum oder begrenztes dingliches Recht, also Erbbaurecht, Dienstbarkeit, Vorkaufsrecht, Reallast, hypothekarisches Recht) oder ein dingliches Recht an einem das Grundstück belastenden Rechte (Nießbrauch oder Pfandrecht an einer Reallast oder an einem hypothekarischen Rechte) nicht eingetragen ist, dennoch aber außerhalb des Grundbuchs besteht; oder wenn ein solches Recht zwar eingetragen ist, aber nicht mit dem seinem Wesen und seiner Bedeutung entsprechenden Inhalte; oder wenn das Eigentum mit einem begrenzten dinglichen Rechte, oder eine Reallast oder ein hypothekarisches Recht mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht belastet ist und die belastenden Rechte tatsächlich nicht entstanden sind oder doch nicht mehr bestehen; sowie wenn eine bestehende Verfügungsbeschränkung bei dem Rechte, das sie beschränkt, nicht eingetragen oder die eingetragene Beschränkung tatsächlich nicht entstanden oder aufgehoben ist. **Als Beispiele sind zu nennen:**

a) hinsichtlich **Bestehens eines nicht eingetragenen Rechtes:** wenn ein eingetragenes Recht nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes ohne Eintragung von einem anderen erworben wird (vgl. § 892 A 4 „kraft Gesetzes"), z. B. durch Erbfolge (§§ 1922, 1937, 1941, 1942, 2139; s. KGJ 25 A 115; RJA 13, 263: als Eigentümer eines zum Gesamtgute der ehelichen Gütergemeinschaft gehörenden Grundstücks sind nach dem Tode des einen Ehegatten der überlebende Ehegatte und die Erben eingetragen, jedoch nicht auch, daß der überlebende Ehegatte als Miterbe ebenfalls beteiligt ist; KGJ 51, 189: der Vorerbe ist noch als Eigentümer eingetragen, während zufolge Eintritts der Nacherbfolge der Nacherbe das Eigentum erlangt hat; OLG 5, 435; KGJ 49, 178: ist durch Auflassung eines Nachlaßgrundstücks seitens des Vorerben an einen Dritten das Recht des Nacherben gemäß § 2113 beeinträchtigt oder vereitelt worden, so kann er nach Eintritt des Nacherbfalles als nunmehriger Vollerbe Berichtigung des Grundbuchs durch seine Eigentumseintragung verlangen), durch Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1438 Abs 2, 1485 Abs 3, 1519 Abs 2; vgl. über die Frage, ob im Falle des Grundstückserwerbs durch den Mann zur Berichtigung des Grundbuchs durch Miteintragung der gütergemeinschaftlichen Frau nach § 22 GBO es der Zustimmung der Frau bedarf, **RG** 84, 326; KGJ 40, 153; 48, 210; RJA 13, 160; 13, 163; vgl. auch **RG** 84, 71; und über die Frage, ob im Falle der Errungenschaftsgemeinschaft zur Miteintragung des Mannes auf ein von der Frau erworbenes Grundstück die Zustimmung des Mannes erforderlich ist, RJA 14, 69) oder durch ihre Beendigung zufolge rechtskräftiger Scheidung (§§ 1470ff.; OLG 9, 331); durch Verstaatlichung einer Aktiengesellschaft unter Ausschluß der Liquidation nach § 304 HGB (KGJ 47, 121: entsprechend anzuwenden auf die Verschmelzung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit nach VAG v. 12. 5. 01 mit einer öffentlichrechtlichen Versicherungsanstalt unter Ausschluß der Liquidation), durch Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften unter Ausschluß der Liquidation gemäß § 306 HGB (KGJ 46, 190; nicht auch im Falle der Verschmelzung mit Liquidation nach § 303 HGB; vgl. KGJ 46, 194), bei der Hypothek ferner (insbesondere zufolge Befriedigung oder Verzicht des Gläubigers) gemäß §§ 1143, 1150, 1163, 1164, 1168, 1170 Abs 2, 1171 Abs 2, 1173, 1174, 1177, 1182, 268 Abs 3, 426 Abs 2, 774 (vgl. **RG** 80, 319; KGJ 36 A 179; OLG 18, 198; 25, 376), weiter durch Zuschlag des Grundstücks in der Zwangsversteigerung (§ 90 ZVG; vgl. RJA 13, 147 darüber, ob das Vollstreckungsgericht bei dem Ersuchen an das Grundbuchamt nach § 130 ZVG auch um Eintragung der Erben des Erstehers zu ersuchen zuständig ist); die eine Eintragung nicht erfordernde Übertragung, Pfändung und Überweisung von Briefhypotheken (§ 1154 BGB; §§ 830, 837 ZPO; KGJ 49, 206); die Abtretung eines eingetragenen Nacherbenrechts (**RG** 83, 437; vgl. § 892 A 11 Abs 2 und bezüglich der Verpfändung und Pfändung unter d); wenn ein Recht wegen Nichtigkeit der vom Berechtigten erteilten Löschungsbewilligung (oder wegen ihres Zugehens an den Empfangsberechtigten ohne Willen des Berechtigten s. § 875 A 7) oder wegen fehlender Verfügungsbefugnis des die Löschung Bewilligenden oder aus sonst einem Grunde zu Unrecht gelöscht ist (**RG** 73, 175; 82, 22; 88, 286; Warn 1912 Nr 11; Gruch 52, 957; KGJ 34 A 267; 48, 188; s. § 891 A 6); wenn beim Abschreiben einer veräußerten Parzelle ein auf dem Hauptgrundstück eingetragenes Recht zu Unrecht auf die Parzelle nicht mitübertragen ist, was einer Löschung des Rechtes an der Parzelle gleichkommt (§ 47 Abs 2 GBO; KGJ 27 A 116; 46, 211); wenn im Falle der Übertragung eines Rechtes eine Einigung überhaupt nicht zustande gekommen oder die Einigung nichtig oder anfechtbar und angefochten ist (vgl. § 925 A 6, und über Auflassung: aus Irrtum RJA 9, 59, zufolge Betrugs **RG** JW 96, 362[40, 41], zum Schein **RG** 79, 165; JW 02 Beil 202, sowie über Übertragung eines Rechtes ohne Vertretungsmacht **RG** 69, 266; Gruch 52, 957; OLG 18, 110); wenn eine dem A gehörende Grundfläche (Parzelle) auf das Grundbuchblatt des B irrtümlich eingetragen ist (**RG** 68, 24; KGJ 26 A 245; s. § 891 A 8, § 892 A 6 „tatsächliche Angaben");

b) hinsichtlich **Nichtbestehens eines eingetragenen Rechtes:** wenn es wegen Fehlens einer Einigung (§ 873) nichtig ist (KGJ 39 A 177; auch **RG** 88, 89; 89, 371); wenn ein eingetragenes

Recht außerhalb des Grundbuchs (ohne Löschungseinschreibung) durch Rechtsgeschäft erloschen ist, wie ein Pfandrecht an einer Reallast oder an einem hypothekarischen Rechte durch rechtsgeschäftliche Aufhebung (s. § 875 A 2); wenn zufolge Ausschlußurteils ein Recht ohne Löschung (s. dagegen § 927 Abs 2) erlischt, wie ein Vorkaufsrecht (§ 1104 Abs 1 Satz 2), eine Reallast (§ 1112), ein Pfandrecht an einer Reallast oder an einem hypothekarischen Rechte (§§ 1273, 1269); wenn ein Recht durch Vereinigung mit dem belasteten Eigentum oder mit dem belasteten Rechte erlischt, wie die Hypothek, Grundschuld, Reallast nach §§ 1178 (Rückstände von Zinsen usw.), 1107, 1200, der Nießbrauch und das Pfandrecht nach §§ 1063, 1068, 1072, 1256, 1273; wenn eine Grunddienstbarkeit oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach Maßgabe der §§ 1028, 1090 Abs 2 zufolge Verjährung des Anspruchs daraus (zum Teil) erlischt; wenn ein Recht zufolge Eintritts eines Ereignisses kraft Gesetzes erlischt, wie der Nießbrauch durch den Tod des Nießbrauchers (§ 1061 BGB; vgl. § 23 GBO), eine Grunddienstbarkeit gemäß §§ 1025, 1026 zufolge Teilung, eine Gesamthypothek auf einem der haftenden Grundstücke in den Fällen der §§ 1173 Abs 1, 1174 Abs 1, 1181 Abs 2 (RG Warn 1912 Nr 259); wenn ein auflösend bedingtes oder zeitlich begrenztes Recht infolge Eintritts der Bedingung oder des Endtermins erlischt (§§ 158 Abs 2, 163; s. RG JW 02 Beil 222, auch 250), so z. B. auch, wenn der Eigentümer dem nur als Vorerbe bis zu einem bestimmten Zeitpunkt das Eigentum am Grundstück zusteht, eine Hypothek ohne Zustimmung der Nacherben bestellt hat und beim Eintritt des Nacherbenfalles (nach dem Grundsatz: resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum, vgl. §§ 158 Abs 2, 161 Abs 2, 163, 2113) mit dem Eigentum des Hypothekbestellers auch die Hypothek erloschen ist (RG Warn 1914 Nr 126); wenn Miterben vor erfolgter Auseinandersetzung irrtümlich ohne Auflassung (s. § 925 A 2) als Miteigentümer nach Bruchteilen eingetragen worden sind (vgl. KGJ 51, 220); wenn ein Recht zufolge Zuschlags in der Zwangsversteigerung gemäß § 91 ZVG, eine Hypothek zufolge Befriedigung aus dem Grundstücke gemäß § 1181 erlischt;

c) hinsichtlich **nicht richtiger oder unvollständiger Eintragung** eines Rechtes: wenn der mit einem Rechte belastete Miteigentumsanteil nicht gemäß § 48 GBO in einem Bruchteil angegeben ist (RG 54, 85; OLG 14, 185; s. § 895 A 1); wenn Eheleute als Miteigentümer eines Grundstücks eingetragen sind, während dieses zum Gesamtgut der zwischen ihnen bestehenden Fahrnisgemeinschaft (§§ 1549, 1438) gehört (KGJ 50, 151); wenn Miterben als Eigentümer in Erbengemeinschaft eingetragen sind, einer der Miterben aber seinen Anteil am gesamten Nachlasse gemäß §§ 398, 413, 1274, 2033 rechtswirksam einem andern übertragen oder verpfändet hat (vgl. RJA 6, 235; 10, 69; KGJ 26 A 114; 33 A 231; OLG 4, 190; 5, 427; 25, 377); wenn bei einer Hypothek das Schuldverhältnis, auf dem die gesicherte Forderung beruhen soll, oder auch sonst der Inhalt des Rechtes, insbesondere in Anbetracht der Eintragungsbewilligung, im Grundbuche nicht richtig eingeschrieben ist (vgl. RG 57, 321; JW 02, 421[14], Beil 194; 03 Beil 48; 06, 18[17]); wenn im Falle der Übertragung eines Teiles einer verbrieften Hypothek oder Grundschuld die Übertragung (versehentlich) zu einem geringeren als dem abgetretenen Betrage für den Erwerber eingetragen worden ist; wenn ein Recht (z. B. zufolge Nichtigkeit der Einigung über eine Rangänderung) nicht mit dem ihm zustehenden Range eingetragen ist (s. § 880 A 3, sowie hier A 2 Abs 2); wenn im Auseinandersetzungsverfahren nach preußischem Recht auf Grund eines bestätigten Rezesses oder auch eines ausgeführten Auseinandersetzungsplanes ein Wechsel im Besitzstande eingetreten, insbesondere an die Stelle eines abgefundenen Grundstücks das Abfindungsgrundstück getreten ist (KGJ 38 A 250; 50, 145);

d) hinsichtlich einer **Verfügungsbeschränkung:** wenn eine Bedingung oder Zeitbestimmung, unter die ein eingetragenes Recht gestellt worden, nicht eingetragen ist (s. § 892 A 11); wenn das Recht des Nacherben (§§ 2113 ff.) bei dem Rechte des Vorerben nicht eingetragen ist (s. § 897 A 3; § 52 GBO; RG Gruch 48, 1022); wenn bei einem eingetragenen Nacherbenrecht dessen Verpfändung oder Pfändung, die selbst sich als Verfügungsbeschränkung darstellen, nicht eingetragen sind (RG 83, 438; KGJ 42, 239; 42, 241; 47, 167; vgl. § 892 A 11 Abs 2 und bezüglich der Abtretung oben a); wenn ein Pfandrecht an dem Anteilsrecht eines Miterben an dem gemäß § 2032 Abs 1 im gemeinschaftlichen Vermögen der Erben stehenden Nachlasse, das gemäß §§ 1273, 1274 wirksam bestellt werden kann (RG 84, 396; 87, 324), in dem Falle des Vermerks im Grundbuche über ein Nachlaßgrundstück, daß die Miterben in ihrer Gesamtheit (wie Eigentümer des ganzen ungeteilten Nachlasses so auch) Eigentümer des Grundstücks (RG 90, 235) seien, nicht eingetragen ist, da nach dem Grundbuche der Miterbe in Gemeinschaft mit den anderen Miterben unbeschränkt über das Grundstück verfügen könnte, während nach der wirklichen Rechtslage zufolge der Pfandbestellung gemäß § 1276 (RG 84, 399) er zur Verfügung der Zustimmung des Pfandgläubigers bedarf, insofern also das Grundbuch, weil eine bestehende Verfügungsbeschränkung (die aber nicht eine rechtsgeschäftliche [nicht eintragbare] Verfügungsbeschränkung im Sinne

des § 137 ist, sondern sich aus dem dinglichen Recht an fremdem Gegenstand ergibt, **RG** 90, 237) nicht eingetragen, unrichtig ist (**RG** 90, 263); wenn ein Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 bezeichneten Art bei dem davon betroffenen Rechte nicht eingetragen ist, wobei jedoch zu bemerken ist, daß die Zustimmung des durch die Eintragung Betroffenen meistens durch Eintragungsersuchen einer zuständigen Behörde ersetzt werden wird (vgl. RJA 6, 239 und § 892 A 12); wenn eine eingetragene Verfügungsbeschränkung tatsächlich nicht entstanden ist (z. B. weil die Einigung über die Bedingung oder die letztwillige Verfügung bezüglich eines eingetragenen Nacherbenrechts nichtig ist) oder sie zwar entstanden, aber wieder aufgehoben ist (z. B. eine einstweilige Verfügung, mit Veräußerungsverbot, durch vollstreckbare Entscheidung). — Dagegen wird ein dem Schutze des Nacherben dienender Vermerk über sein Nacherbenrecht durch Eintritt des Nacherbfalles nicht unrichtig, solange noch die Möglichkeit eines Rechtsverlustes, namentlich durch Verfügungen der Erben des Vorerben, besteht (KGJ 49, 179).

Die **Vormerkung** (§ 883) und der **Widerspruch** (§ 899) entstehen erst durch Eintragung. Der Inhalt des Grundbuchs ist daher trotz Fehlens ihrer Eintragung mit der wirklichen Rechtslage im Einklange, so daß § 894 keine Anwendung findet. Gleiches gilt, wenn eine Vormerkung oder ein Widerspruch zu Unrecht gelöscht ist (str.; RJA 12 S. 75, 170; KGJ 49, 182; 50, 173), oder wenn eine eingetragene Vormerkung oder ein eingetragener Widerspruch wegen Nichtbestehens des gesicherten Anspruchs bzw. des gesicherten dinglichen Rechtes oder aus sonst einem Grunde hinfällig geworden ist. Im ersteren Falle bleibt die Vormerkung oder der Widerspruch nicht, wie ein dingliches Recht, bestehen, sondern erlischt (str.; KGJ 49, 182; 50, 173), und im zweiten Falle ist zufolge der Hinfälligkeit, da die Vormerkung und der Widerspruch keine dinglichen Rechte am Grundstücke oder an einem das Grundstück belastenden Rechte sind, die „Rechtslage" des Grundstücks nicht geändert, so daß in beiden Fällen das Grundbuch nicht unrichtig ist. Die Wiedereintragung in dem ersten und die Löschung in dem zweiten Falle ist auf einem anderen Wege als dem des § 894 herbeizuführen. Vgl. hierüber das Nähere in § 883 A 2, § 886 A 2, 3. Die Abtretung, Verpfändung oder Pfändung des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs erstreckt sich auch auf die Vormerkung, wie unter entsprechender Anwendung des § 401 anzunehmen ist (vgl. § 883 A 8 Abs 4). Die Übertragung bzw. Belastung des Anspruchs kann ebenso, wie der Anspruch im Grundbuche vorgemerkt werden kann, im Grundbuche vermerkt werden (KGJ 35 A 314; 43, 210).

Ferner ist das Grundbuch nicht unrichtig, wenn für jemanden lediglich ein **persönlicher** (schuldrechtlicher) **Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechtes** am Grundstück oder an einer Grundstücksbelastung, **oder auf Aufhebung** eines solchen Rechtes besteht; denn eine Unrichtigkeit des Grundbuchs liegt nur dann vor, wenn die Rechtslage hinsichtlich der dinglichen Rechte eine andere als nach dem Inhalte des Grundbuchs ist (vgl. **RG** 53, 377; 60, 264; SeuffA 61 Nr 272, auch **RG** 65, 365). In derartigen Fällen kann nur auf Grund des Schuldverhältnisses mit der persönlichen Klage gegen den Verpflichteten die Herbeiführung der Eintragung bzw. der Löschung des Rechtes verfolgt werden. Vgl. hierüber das Nähere in § 875 A 4; § 925 A 6. Über den Fall einer dem § 46 GBO oder der Vereinbarung der Beteiligten nicht entsprechenden Rangeintragung vgl. § 879 A 4, 8. Hervorzuheben ist hier insbesondere hinsichtlich des Falles der Aufhebung eines Rechtes, daß, wenn die einer Eintragung zugrunde liegende (dingliche) Einigung (§ 873 Abs 1) an sich rechtsgültig und nur das (schuldrechtliche) Grundrechtsgeschäft nichtig ist oder sonst kein Rechtsgrund für die Bestellung des Rechtes bestand, nicht etwa ein (dinglicher) Berichtigungsanspruch aus § 894 gegeben ist, sondern lediglich ein persönlicher Anspruch, namentlich wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812ff., auf Beseitigung der Eintragung in Frage kommt (vgl. **RG** 51, 422; 63, 185; 66, 389; Gruch 52, 958; RJA 7, 278). Ferner wird durch Anfechtung auf Grund des AnfG oder der §§ 29ff. KO das durch die anfechtbare Veräußerung an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte erlangte eingetragene Recht nicht aufgehoben, da die Anfechtung den Rechtserwerb nicht unwirksam macht (vgl. § 883 A 2, sowie hier A 2 Abs 2). Daher wird das Grundbuch nicht unrichtig und ist somit ein Berichtigungsanspruch nicht gegeben (**RG** 71, 178; OLG 10, 203; vgl. hier A 2 Abs 2; a. M. OLG 21, 409). Vgl. auch **RG** JW 01, 130[36] (keine Unrichtigkeit des Grundbuchs, wenn der eingetragene Gläubiger eines verbrieften hypothekarischen Rechtes wirklicher Gläubiger ist, einem anderen nur ein persönliches Zurückbehaltungsrecht an dem Briefe zusteht).

Unter der wirklichen Rechtslage, mit der das Grundbuch nicht in Einklang steht, ist die materielle Rechtslage zu verstehen. Durch Vorhandensein der **formellrechtlichen Voraussetzungen** für die Eintragung (wie Eintragungsbewilligung und Antrag) wird nicht der Berichtigungsanspruch ausgeschlossen, wenn zwischen Grundbuch und der materiellen Rechtslage ein Widerspruch besteht (**RG** 51, 420); und umgekehrt ist ein Berichtigungsanspruch nicht gegeben, wenn zwar die Eintragung wegen Fehlens der (formellen) Voraussetzungen für ihre Vornahme hätte unterbleiben sollen, sie aber der materiellen Rechtslage entspricht

(OLG 25, 378). — Nicht um Berichtigung des Grundbuchs im Sinne des § 894 handelt es sich, sondern um **Richtigstellung der Einschreibung in das Grundbuch,** wenn nachrichtliche Vermerke, tatsächliche Angaben im Sinne der A 3 § 891 und ähnliches, wodurch Inhalt, Umfang oder Wirksamkeit der eingetragenen Rechte nicht berührt wird, der Wirklichkeit entsprechend geändert werden (z. B. Beseitigung von bloßen Schreibfehlern, versehentlichen Bezeichnungen, unzutreffenden Beschreibungen, Undeutlichkeiten hinsichtlich des Umfangs des Rechtes, **RG** JW 1911, 976[8]; KGJ 25 A 104; 27 A 244; 38 A 237; OLG 7, 197; 8, 211; 8, 219; 8, 310; 15, 345; 16, 151; 16, 156; 18, 210; Richtigstellung des Erwerbsgrundes, RJA 9, 60). Die Beteiligten haben zwar ein Recht auf diese Richtigstellung, weil das Grundbuch nichts Unrichtiges enthalten soll (vgl. **RG** 83, 438); aber es wird dadurch nicht das Grundbuch „mit der wirklichen Rechtslage" in Einklang gebracht. — „Unrichtig" ist das Grundbuch auch nicht, wenn die Eintragung nur undeutlich ist und ihr Sinn durch die zugrunde liegende Eintragungsbewilligung festgestellt werden kann (**RG** 53, 414; JW 03 Beil 48; Warn 08 Nr 22; OLG 16, 171). — Ferner handelt es sich um Berichtigung des Grundbuchs nicht, wenn eine beantragte Eintragung nicht vollständig bewirkt und daher ein Recht (z. B. ein Zinsrecht) nicht zur Eintragung gelangt ist; denn wegen fehlender Eintragung ist das Recht noch nicht entstanden, also das Grundbuch nicht unrichtig. Es muß die vollständige Erledigung des Eintragungsantrags, nötigenfalls im Wege der Beschwerde, verfolgt werden (OLG 21, 413).

Wird **zu einer Zeit, in der das Grundbuch** hinsichtlich eines eingetragenen Rechtes **unrichtig ist, von einem Dritten dieses Recht durch Rechtsgeschäft gutgläubig erworben** (hat z. B. C, nachdem die Hypothek des B zufolge Befriedigung oder Nichtentstehens einer Forderung auf den Eigentümer A übergegangen war, die Hypothek von dem eingetragenen B durch Übertragungsgeschäft erworben, ohne daß er, C, von den Tatsachen Kenntnis hatte, aus denen die Nichtberechtigung des B folgte), so gilt nach § 892 Abs 1 Satz 1 zugunsten des Erwerbers das Recht als wirklich bestehend. Wird ferner zu einer Zeit, in der das Grundbuch deswegen unrichtig ist, weil ein außerhalb des Grundbuchs bestehendes dingliches Recht nicht eingetragen steht, ein diesem Rechte entgegenstehendes Recht von einem Dritten durch Rechtsgeschäft gutgläubig erworben (hat z. B. C, nachdem eine dem A gehörende Parzelle irrtümlich auf dem Grundbuchblatte des B als diesem gehörig vermerkt worden war, von B das Eigentum übertragen oder ein begrenztes dingliches Recht bestellt erhalten, ohne davon Kenntnis zu haben, daß die Parzelle dem A gehörte), so gilt nach § 892 Abs 1 Satz 1 das Recht zugunsten des Erwerbers als nicht bestehend. Daher steht das Grundbuch, soweit durch seine Unrichtigkeit an sich der Erwerber betroffen werden müßte, zufolge Fiktion der Richtigkeit mit der wirklichen Rechtslage nicht im Widerspruche, und ist ein Berichtigungsanspruch desjenigen, dessen Recht zu Unrecht belastet, oder der der wahre Berechtigte ist, oder dessen Recht außerhalb des Grundbuchs besteht, gegen den Erwerber nicht gegeben. Entsprechendes gilt nach § 893, wenn von einem Dritten gutgläubig an einen eingetragenen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt wird (z. B. wenn eine Buchhypothek an den als Gläubiger eingetragenen B, der von dem ursprünglichen Gläubiger A die Hypothek nicht rechtswirksam übertragen erhalten hat, von dem Eigentümer C bezahlt wird, der die Hypothek dadurch erwirbt) oder mit einem eingetragenen Nichtberechtigten ein anderes, eine Verfügung enthaltendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird (z. B. wenn mit dem nicht berechtigten B der Eigentümer C die Aufhebung eines das Grundstück belastenden Rechtes vereinbart, das in Wirklichkeit dem A zusteht). Vgl. hierüber § 892 A 2, 6, 7; § 893 A 1, 3, 4. Soweit danach das Recht des Berichtigungsberechtigten nicht überhaupt erlischt (es erlischt z. B., wenn, nachdem eine Hypothek des A auf dem Grundstück des B zu Unrecht gelöscht worden ist, C von B das Eigentum übertragen erhält, s. § 892 A 2), kann nur gegenüber anderen, die sich auf einen gutgläubigen Erwerb nicht berufen können (z. B. im Falle unrechtmäßiger Löschung einer Hypothek gegen diejenigen nachstehenden Gläubiger, deren Hypotheken zur Zeit der Löschung bereits eingetragen standen, s. § 892 A 2), ein Berichtigungsanspruch geltend gemacht werden.

Rechte, die von vornherein (nicht etwa zufolge unrechtmäßiger Löschung) **ohne Eintragung** als dingliche mit voller Wirksamkeit **bestehen,** die aber nicht eintragungsfähig sind (wie z. B. die Überbau- und die Notwegrente, §§ 912—918), machen durch ihr Bestehen außerhalb des Grundbuchs dieses nicht unrichtig, da das Grundbuch nur hinsichtlich des zulässigen Inhalts vollständig sein soll. Andere ebenfalls nicht eintragungsbedürftige, jedoch eintragungsfähige Rechte können, weil ein bestehendes dingliches Recht auch den Anspruch auf Eintragung gewährt, eingetragen werden. Für die vor Inkrafttreten des BGB entstandenen Grunddienstbarkeiten gewährt Art 187 EG ausdrücklich das Recht auf Eintragung (auf Reallasten bezieht sich die Vorschrift nicht; OLG 35, 328). Aus gleichem Grunde können berichtigend zur Eintragung gebracht werden Rechte, die zwar ohne Eintragung entstehen, jedoch zur Wirksamkeit gegenüber gutgläubigen Erwerbern der Eintragung bedürfen, wie der Nießbrauch nach § 1075, die Sicherungs-

hypothek aus § 1287 Satz 2 und aus ZPO § 848 Abs 2. Ferner können auch Rechte, die vor Inkrafttreten des BGB zwar ohne Eintragung entstanden sind, aber zur Wirksamkeit gegen Dritte, gleichviel ob sie diesen bekannt waren oder nicht, der Eintragung bedurften (vgl. für Preußen § 12 EEGes. v. 5. 5. 72 und hinsichtlich der vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begründeten dinglichen Rechte § 73 GBO v. 5. 5. 72, dazu **RG** Gruch 62, 411), eingetragen werden (**RG** 55, 315; 56, 13; 66, 30; JW 04, 282[1]); jedoch ist, da diese Rechte gemäß Art 184 EG nur in ihrem bisherigen unvollkommenen Rechtszustande bestehengeblieben sind (**RG** 66, 30; OLG 35, 329), die Eintragung nicht mehr zulässig, wenn inzwischen das Eigentum auf einen, sei es auch bösgläubigen Erwerber, übergegangen ist (**RG** JW 04, 282[1], auch **RG** 74, 60). Vgl. hierüber auch § 892 A 3.

2. Berichtigungsberechtigte sind nur die im § 894 als solche bezeichneten, **bei der Unrichtigkeit des Grundbuchs unmittelbar Beteiligten** (**RG** Gruch 62, 384). In den Fällen, in denen das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage deswegen nicht im Einklange steht, weil ein, sei es von vornherein, sei es zufolge unrechtmäßiger Löschung außerhalb des Grundbuchs **bestehendes dingliches Recht** (Eigentum oder begrenztes Recht am Grundstück oder Recht an einem das Grundstück belastenden Rechte) **nicht eingetragen** ist (s. A 1a und a. E.), ist berichtigungsberechtigt derjenige, dessen dingliches Recht der Eintragung entbehrt (**RG** Gruch 62, 384). Ein anderer, mag ihm auch sonst ein dingliches Recht am Grundstücke zustehen, ist nicht legitimiert, die Eintragung jenes Rechtes zu betreiben. So z. B. kann der Eigentümer, wenn eine an sich bestehende Hypothek auf einen andern als den als Gläubiger Eingetragenen (z. B. auf den früheren Eigentümer zufolge Befriedigung des Gläubigers) übergegangen ist, nicht von dem Gläubiger Zustimmung zu der Eintragung des andern verlangen; vielmehr steht der Anspruch nur diesem zu (**RG** 60, 264; Gruch 58, 668). Dagegen kann der Verwalter im Konkurse des Berichtigungsberechtigten dessen Berichtigungsanspruch verfolgen; z. B. kann er von dem als Gläubiger einer Briefhypothek auf dem Grundstück des Gemeinschuldners Eingetragenen, dem der Brief noch nicht übergeben ist, Zustimmung dazu verlangen, daß die gemäß §§ 1163 Abs 2, 1177 Abs 1 dem Gemeinschuldner als Grundschuld zustehende Hypothek auf den Gemeinschuldner umgeschrieben werde, und zwar selbst dann, wenn dem Eingetragenen zufolge Zahlung des Hypothekenbetrags ein Anspruch auf Verschaffung der Hypothek gegen den Gemeinschuldner zusteht; wegen dieses persönlichen Anspruchs kann der Eingetragene nur eine Geldforderung gemäß § 69 KO als Konkursforderung geltend machen (**RG** 77, 100). Sind mehrere als (nicht eingetragene) Miteigentümer eines Grundstücks berichtigungsberechtigt, so kann nach § 1011 ein jeder für sich allein den Berichtigungsanspruch geltend machen, und zwar dahin, daß sämtliche Berechtigte als Miteigentümer eingetragen werden (**RG** JW 1911, 280[10]). — Ist **ein Recht nicht richtig eingetragen** (s. A 1c), so kann nur der Inhaber des Rechtes die Berichtigung des Inhalts verlangen. Betrifft jedoch die unrichtige Eintragung das Eigentum und hat sie zur Folge, daß ein das Grundstück belastendes Recht nicht richtig oder nicht vollkommen eingetragen ist (z. B. wenn im Falle des Bestehens einer Hypothek an einem Miteigentumsanteile die Anteile der Miteigentümer nicht gemäß § 48 GBO in Bruchteilen angegeben sind), so steht auch dem Inhaber des Rechtes der Anspruch auf Zustimmung zur Richtigstellung der Eigentumseintragung gegen den dadurch Betroffenen zu (vgl. **RG** 54, 85, auch § 895 A 1). Ist der eingetragene Inhaber des zu berichtigenden Rechtes nicht der wahre Inhaber, so fehlt ihm die sachliche Legitimation zur Geltendmachung des Berichtigunganspruchs; denn, wie er das Recht überhaupt nicht für sich geltend machen darf, so ist er auch nicht befugt, die Richtigstellung des Rechtes zu verfolgen (str.). Allerdings kann er sich im Falle der Klagerhebung auf die Vermutung des § 891 für seine Berechtigung berufen. Wenn aber die Vermutung durch den Nachweis, daß er nicht der wahre Berechtigte ist, widerlegt wird, ist die Klage abzuweisen. — Wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs darin besteht, daß **ein eingetragenes Recht** am Grundstücke oder an einem das Grundstück belastenden Rechte **nicht rechtsbeständig ist** (s. A 1b), so steht zunächst im ersteren Falle dem Eigentümer, im letzteren Falle dem Inhaber des belasteten Rechtes der Berichtigungsanspruch zu, da er durch die nicht bestehende Belastung, weil nach § 891 die Vermutung für ihr Bestehen gilt und nach § 892 Abs 1 Satz 1 sie durch Erwerb eines gutgläubigen Dritten wirksam werden kann, in seinem Rechte beinträchtigt wird (vgl. **RG** Warn 1912 Nr 259). Sodann aber kann, wenn das Grundstück oder das Recht am Grundstücke noch mit anderen Rechten belastet ist (z. B. ersteres mit mehreren Hypotheken, letzteres mit Pfandrecht und Nießbrauch), die Berichtigung (Zustimmung zur Löschung des belastenden Rechtes) auch von den Inhabern derjenigen anderen belastenden Rechte verlangt werden, die dem nicht bestehenden belastenden Rechte im Range gleich- oder nachstehen (z. B.: von einem nachstehenden Hypothekengläubiger gegenüber einer vorgehenden rechtsunwirksamen hypothekarischen Eintragung, oder gegenüber einer vorgehenden, durch Verzicht gemäß § 1175 Abs 1 Satz 2 an einem der belasteten Grundstücke erloschenen Gesamthypothek, vgl. **RG** 73, 52; OLG 21, 407; KGJ 47, 208; von dem Gläubiger, für den in der Zwangs-

versteigerung eine Sicherungshypothek gemäß §§ 50 Abs 1, Abs 2 Nr 2, 125, 128 ZVG unter der Bedingung eingetragen worden ist, daß eine bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigte Hypothek nicht besteht, RG Gruch 56, 992; [Warn 1912 Nr 259]; von dem Gläubiger eines späteren Pfändungspfandrechts gegenüber einem früher bestellten Pfandrecht an einer Hypothek, RG 65, 365). Denn auch diese Rechtsinhaber werden in ihren Rechten durch die nicht bestehende Belastung beeinträchtigt, da die Vermutung für das Bestehen dieser Belastung aus § 891 immerhin ein Hindernis dagegen bietet, daß sie ihre Rechte mit dem Range zur Geltung bringen, der ihnen im Falle der Löschung der Belastung zustehen würde, auch die Wertschätzung ihrer Rechte im Verkehre leidet und sie nach § 892 Abs 1 Satz 1 ebenfalls Gefahr laufen, daß die Belastung durch Erwerb eines gutgläubigen Dritten mit gleichstehendem bzw. vorgehendem Range rechtsbeständig wird (vgl. RG 73, 52; JW 08, 275[11]; Warn 1912 Nr 259). Jeder dieser hiernach Berichtigungsberechtigten kann den Berichtigungsanspruch selbständig und unabhängig von den anderen Berechtigten geltend machen. Dabei ist jedoch zu beachten, daß, wenn die Belastung (z. B. eine Hypothek oder ein Pfandrecht an einer Hypothek) deswegen nicht rechtsbeständig sein soll, weil die ihr zugrunde liegende Einigung über die Bestellung anfechtbar (z. B. wegen Irrtums, Betrugs) sein soll, die Einigung von dem Besteller (dem Eigentümer oder dem Inhaber des belasteten Rechtes) rechtzeitig angefochten (§§ 121, 124) und dadurch nichtig geworden sein muß (§ 142 Abs 1), bevor die Inhaber gleich- oder nachstehender Rechte, die zur Anfechtung nicht befugt sind, das Nichtbestehen der Belastung geltend machen können. Ferner sind auch hier überall nur die wahren Rechtsinhaber, nicht die zwar eingetragenen, aber tatsächlich nicht berechtigten Inhaber zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs legitimiert. Demjenigen, für den ein Recht eingetragen ist, steht ein Berichtigungsanspruch aus dem Grunde, daß das Recht in Wirklichkeit nicht bestehe, nicht zu (z. B. nicht dem als Eigentümer Eingetragenen, der behauptet, die Auflassung, auf Grund deren er als Eigentümer eingetragen worden, sei nichtig, weil der, der für ihn die Auflassung entgegengenommen habe, keine Vertretungsmacht gehabt habe). Er kann allerdings ein Interesse an Beseitigung seines Rechtes, dessen Bestehen für ihn nach § 891 Abs 1 vermutet wird, haben (so z. B. im vorbezeichneten Falle seiner Eintragung als Eigentümer, indem er genötigt ist, sich auf Klagen, die das Grundstück betreffen, einzulassen). Aber er ist nicht ein solcher, „dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist" (vgl. OLG 26, 97; KGJ 47, 182). Nur ein schuldrechtlicher Anspruch kann für ihn gegeben sein gegen einen anderen, der zur Herbeiführung der Beseitigung des Rechtes aus dem Grundbuch in der Lage oder dessen Mitwirkung bei der Beseitigung erforderlich ist und der für die erfolgte Eintragung des Rechtes aufzukommen hat, auf Vornahme der geeigneten Maßnahmen sowie auf Erstattung der von ihm zu der Beseitigung aufgewandten Kosten (vgl. OLG 26, 97). — Ist bei einem Rechte **eine von vornherein nicht entstandene oder wieder aufgehobene Verfügungsbeschränkung** (s. A 1d) **eingetragen**, so steht dem Inhaber des Rechtes der Berichtigungsanspruch zu. Richtet sich die Verfügungsbeschränkung gegen das Eigentum oder gegen ein begrenztes Recht am Grundstück, so ist auch für die Inhaber von Rechten, die das Eigentum oder das Recht belasten, ein Berichtigungsanspruch gegeben, falls ihre Rechte durch die nicht bestehende, aber doch eingetragene Beschränkung in der Verfügung über das belastete Recht beeinträchtigt erscheinen.

Wer nur einen **schuldrechtlichen Anspruch auf Herbeiführung einer Rechtsänderung** hat, dem steht überall ein Berichtigungsanspruch nicht zu, da der Anspruch kein Recht am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte ist (RG 53, 377; 53, 410; 73, 52; 73, 175; KGJ 26 A 248; OLG 26, 7). So z. B.: steht demjenigen, der von dem wahren Eigentümer eine Parzelle, die versehentlich auf dem Grundbuchblatte eines andern eingetragen worden ist, gekauft hat, ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des wahren Eigentümers aus eigenem Rechte nicht zu, und zwar selbst dann nicht, wenn er vom wahren Eigentümer bereits die Auflassung erhalten hat (KGJ 26 A 245); kann ein vorgehender von einem nachstehenden Hypothekengläubiger nicht deswegen auf Vorrangseinräumung in Anspruch genommen werden, weil der Eigentümer sich dem Nacheingetragenen gegenüber verpflichtet hatte, seine Hypothek mit Vorrang einzutragen (RG 73, 175). Auch ist, wenn von einem Hypothekengläubiger eine vorgehende Hypothek auf Grund des Anfechtungsgesetzes mit Erfolg angefochten und ein rechtskräftiges Urteil gegen den vorgehenden Hypothekengläubiger erstritten worden ist, ein Fall der Grundbuchberichtigung hinsichtlich des Ranges (A 1c), da die Anfechtung nicht dingliche Wirkung hat, sondern nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das von dem Schuldner veräußerte Vermögensstück gewährt (RG 47, 216; 56, 165; 70, 113; 71, 176), nicht gegeben (KGJ 49, 202, auch RG 71, 179; vgl. A 1 Abs 3; a. M. OLG 8, 307; 21, 409). — Ebensowenig kann ein **Gläubiger** des mit seinem Rechte nicht Eingetragenen die Eintragung betreiben (OLG 2, 152). — Auch **derjenige, dem das Recht,** auf Grund dessen gegenüber einem andern eingetragenen, aber nicht bestehenden Rechte oder gegen-

über einer nicht bestehenden Verfügungsbeschränkung ein Berichtigungsanspruch gegeben ist, **früher gehört hat,** ist zur Geltendmachung des Anspruchs nicht befugt (z. B. der frühere Eigentümer nicht gegenüber einer nicht bestehenden Grundstücksbelastung); denn nur der durch das andere Recht beeinträchtigte gegenwärtige Rechtsinhaber ist berichtigungsberechtigt (**RG** 53, 408; Gruch 48, 937; Warn 1910 Nr 239; OLG 26, 8). Jedoch steht nichts entgegen, daß der frühere Inhaber auf Grund Ermächtigung (s. unten) den Berichtigungsanspruch für den gegenwärtigen Inhaber, in dessen Namen, aber in eigenem Interesse, geltend macht (vgl. **RG** 53, 408; 59, 294; 64, 168; Gruch 48, 937; OLG 8, 186; vgl. auch **RG** 91, 396). Die Ermächtigung kann z. B. im Falle der Eigentumsübertragung auf Grund Kaufvertrags darin gefunden werden, daß dem Veräußerer die Verpflichtung auferlegt worden ist, ein das Grundstück belastendes nicht bestehendes Recht zur Löschung zu bringen (**RG** 53, 408; OLG 8, 186; vgl. auch **RG** 91, 396, jedoch anderseits für den Fall der Weiterveräußerung des Erwerbers OLG 26, 8; umgekehrt ist aber, wenn der Veräußerer sich verpflichtet hat, eine auf ihn als Eigentümergrundschuld übergegangene Hypothek zur Löschung zu bringen, darin nicht die Ermächtigung für den Erwerber zu erblicken, die Umschreibung der Hypothek auf den Veräußerer oder gar die Löschung der Hypothek von dem als Gläubiger Eingetragenen zu verlangen, **RG** Gruch 58, 669). Ist der Veräußerer eines Grundstücks nicht als Eigentümer einer Parzelle eingetragen, und geht daher trotz Auflassung des Grundstücks das Eigentum an der Parzelle auf den Erwerber nicht über, so kann der Veräußerer vom Bucheigentümer Berichtigung des Grundbuchs verlangen, jedoch nicht auf den Namen des Erwerbers, sondern für sich selbst (**RG** JW 1911, 280[10]).

Der Berichtigungsanspruch ist als ein Bestandteil des Rechtes anzusehen, auf Grund dessen er von dem Inhaber geltend gemacht werden kann. Er **kann** daher **nicht für sich allein in dem Sinne** veräußert und auf einen andern **übertragen werden, daß der Zessionar,** ohne Inhaber des begründenden Rechtes zu sein, **die Berichtigung für sich beanspruchen könnte** (str.; **RG** 62, 327; 78, 90; Warn 1910 Nr 239; KGJ 47, 173). So kann z. B. C, wenn A, der trotz Übertragung eines Rechtes an B wahrer Inhaber des Rechtes (z. B. im Falle der Nichtigkeit der Auflassung Eigentümer) geblieben ist, ihm den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs abgetreten hat, nicht daraufhin von B die Zustimmung dazu verlangen, daß er als Inhaber des Rechtes (also in dem genannten Falle als Eigentümer ohne Auflassung) eingetragen werde (vgl. **RG** 59, 295; 64, 168; Gruch 55, 103; 62, 384; a. M. OLG 29, 327). Wie jedoch bei nicht abtretbaren Ansprüchen überhaupt ein Dritter dahin ermächtigt werden kann, daß er den Anspruch für den Ermächtigenden, aber im eigenen Namen und auf eigene Gefahr und Kosten geltend machen darf (**RG** 73, 306; Warn 08 Nr 197; bestätigend **RG** 91, 396, jedoch mit der Hervorhebung, daß ein rechtsschutzwürdiges Interesse des als Kläger auftretenden Ermächtigten an der gerichtlichen Geltendmachung des Rechtes im eigenen Namen bestehen muß), so kann auch der Berichtigungsberechtigte, einen andern ermächtigen, für ihn in eigenem Namen und Interesse den Berichtigungsanspruch gerichtlich geltend zu machen (**RG** 59, 294; 64, 169; 78, 90; JW 1911, 280[10]; 24. 9. 10 V 496/10). In einer „Zession" des Berichtigungsanspruchs wird eine solche Ermächtigung zur Geltendmachung des Anspruchs für den „Zedenten" (also in dem vorgenannten Falle auf Eintragung des Eigentums des Zedenten) gefunden werden können (**RG** 64, 168; Gruch 62, 384). Rechtlich liegt dann aber nicht eine Zession vor, da diese eine Übertragung des Rechtes zum eigentumsgleichen Erwerbe erfordert, sondern die über Auftrag oder Bevollmächtigung hinausgehende Erteilung der Befugnis, in eigenem Namen und Interesse das Recht des Ermächtigenden zur Geltung und Durchführung zu bringen (vgl. **RG** 73, 307; Gruch 62, 384; a. M. KGJ 36 A 180, jedoch aufgegeben durch beistimmenden KGJ 47, 174). Der Ermächtigende, der so die Ausübung seines Berichtigungsanspruchs dem andern überläßt, bleibt der eigentliche Gläubiger des Anspruchs. Er kann den Anspruch nach wie vor gegen den Berichtigungsverpflichteten für sich geltend machen und der Verpflichtete kann die obliegende Leistung (Zustimmung zur Grundbuchberichtigung) mit befreiender Wirkung an ihn bewirken. Nur daneben steht dem Ermächtigten die Befugnis zu, für ihn den Anspruch geltend zu machen und die Leistung anzunehmen (KGJ 47, 174). — Ist ferner eine Parzelle irrtümlich auf ein Grundbuchblatt über ein anderes Grundstück als das, zu dem sie gehört, eingetragen worden, so ist, wenn der wahre Eigentümer mit den ihm gehörigen übrigen Grundflächen auch die Parzelle an einen Dritten aufläßt, die dingliche Einigung (§ 925) also ausdrücklich die Parzelle mit umfaßt, der Dritte als ermächtigt anzusehen, von dem Bucheigentümer der Parzelle die Zustimmung zu der Eintragung des wahren Eigentümers zu verlangen (**RG** 62, 322; 78, 90; Gruch 55, 100 [JW 1910, 941[17]]); OLG 29, 327). Wird dann die Parzelle auf Grund der, sei es freiwilligen, sei es gemäß § 894 ZPO durch Urteil ersetzten Zustimmung, auf das richtige Grundbuchblatt eingetragen, so erlangt der Dritte, wenn nunmehr erst seine Eintragung auf Grund der Auflassung erfolgt, Eigentum wie an den übrigen Grundflächen so auch an der Parzelle, da zur Wirksamkeit der Auflassung hinsichtlich

dieser die vorherige Eintragung des wahren Eigentümers nicht erforderlich war (s. § 925 A 7; vgl. RG 62, 322, auch OLG 15, 340). Ist der Dritte bereits als Eigentümer der übrigen Grundflächen eingetragen worden, so kann er nur Zustimmung zur Übertragung der Parzelle auf ein neues Grundbuchblatt für den Auflassenden beanspruchen, nicht Zustimmung zur Übertragung auf sein Blatt. Denn dies käme einer Zustimmung zur Eintragung seines Eigentums gleich; auch würde einer sofortigen Eintragung des Dritten ohne zuvorige Eintragung des Auflassenden die Ordnungsvorschrift des § 40 Abs 1 GBO entgegenstehen (vgl. KGJ 26 A 248; a. M. RG 62, 324ff.; OLG 29, 327). Der Dritte kann also in diesem Falle erst nach herbeigeführter Eintragung des Auflassenden durch Eintragung auf Grund der früheren Auflassung Eigentum an der Parzelle erlangen (a. M. OLG 29, 327). — Von den vorbezeichneten Gesichtspunkten aus ist auch die Pfändung eines Berichtigungsanspruchs mit folgender Wirkung für zulässig zu erachten. Da der Berichtigungsanspruch nicht übertragbar ist, kann nach § 857 Abs 3 ZPO Gegenstand der Pfändung nur die Überlassung der Ausübung des Anspruchs sein (KGJ 47, 174). Durch diese Pfändung nebst Überweisung zur Einziehung (§§ 857 Abs 1, 829, 835 ZPO) erlangt der Pfändungsgläubiger die Befugnis, den Anspruch zwar im eigenen Namen und Interesse, aber doch immer als einen Anspruch des Schuldners geltend zu machen (vgl. RG 60, 264; 94, 10; KGJ 47, 174; OLG 2, 152; 7, 315; 10, 388; 13, 12; 14, 185; 18, 235; jedoch auch für den Fall der Pfändung eines Löschungsanspruchs RG Warn 1910 Nr 239). Der Pfändungsschuldner bleibt auch hier der eigentliche Gläubiger des Berichtigungsanspruchs. Er ist trotz der Pfändung berechtigt, den Anspruch gegen den Berichtigungsverpflichteten gerichtlich geltend zu machen, da Prozeßführung eine Verfügung, die ihm durch die Pfändung verboten worden, nicht ist, sowie, die dem Berichtigungsverpflichteten obliegende Leistung (Zustimmung zur Grundbuchberichtigung) in Empfang zu nehmen. Nur neben ihm hat der Pfändungsgläubiger die Berechtigung, für ihn den Anspruch geltend zu machen und die Leistung des Berichtigungsverpflichteten anzunehmen (KGJ 47, 174). Durch die Pfändung erlangt auch der Gläubiger, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs darin bestehen soll, daß der Schuldner gegenüber dem eingetragenen Berechtigten der wahre Berechtigte sei, an diesem Rechte selbst noch kein Pfandrecht; vielmehr ist dazu noch die Pfändung des Rechtes gegen den Schuldner als wahren Inhaber (z. B. wenn auf ihn als Eigentümer eine Buchhypothek als Eigentümerhypothek übergegangen sein soll) und die Eintragung der Pfändung (sofern diese notwendig ist, s. § 830 Abs 1 Satz 1, 2 ZPO) bei oder nach der Eintragung des Schuldners als Inhabers erforderlich (vgl. SeuffA 62 Nr 250; OLG 2, 153; 13, 13; 18, 198). Die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch ist nicht zulässig; denn auch für die Eintragung des Berichtigungsanspruchs selbst ist, da er sich nicht als ein Recht am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte darstellt, kein Raum (OLG 18, 198; KGJ 47, 179). Der Pfändungsgläubiger kann jedoch im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung eines Widerspruchs (§ 899) gegen das Recht des Berichtigungsverpflichteten zugunsten des Pfändungsschuldners erwirken, da in der gewährten Befugnis, den Berichtigungsanspruch geltend zu machen, auch die Befugnis als mitenthalten zu erachten ist, Maßregeln zum Schutze des dem Pfändungsschuldner zustehenden Rechtes selbst zu ergreifen (vgl. OLG 18, 198). Aber auch dann ist die Eintragung der Pfändung (bei der Widerspruchseintragung) nicht zulässig, da durch die Pfändung eben nur die Befugnis zur Ausübung fremden Rechtes erlangt und das Grundbuch zur Kundbarmachung solcher Befugnis nicht als bestimmt anzusehen ist (vgl. KGJ 47, 179; a. M. OLG 18, 198).

Steht der durch eine Eintragung oder durch eine Nichteintragung Benachteiligte mit dem dadurch Begünstigten hinsichtlich des betreffenden Rechtes in einem Schuldverhältnisse, so kann daraus dem ersteren gegen den letzteren auch ein persönlicher Anspruch auf Herstellung des der schuldrechtlichen Verpflichtung entsprechenden dinglichen Rechtszustands und Inhalts des Grundbuchs erwachsen. So z. B. wenn eine Eintragung nicht so erfolgt ist, wie sie nach dem Grundrechtsgeschäfte erfolgen sollte (RG Warn 08 Nr 22). Vgl. auch über Schadensersatzansprüche gegen denjenigen, der ein Recht unrechtmäßig zur Löschung gebracht hat, § 891 A 6. — Derartige schuldrechtliche Ansprüche können auch neben dem dinglichen Berichtigungsanspruch zwischen den nämlichen Beteiligten bestehen. Ist z. B. bei der Veräußerung eines Grundstücks eine Parzelle, die nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragschließenden nicht von der Veräußerung umfaßt wurde, zufolge ihrer unrichtigen Buchung auf dem Grundbuchblatt des Grundstücks von dem Veräußerer an den Erwerber mitaufgelassen und demgemäß der Erwerber auch als Eigentümer der Parzelle eingetragen worden, so ist einmal, weil mangels rechtswirksamer Einigung über den Übergang des Eigentums an der Parzelle die Eintragung des Eigentums des Erwerbers an der Parzelle nichtig ist (vgl. § 925 A 6), für den Veräußerer ein Berichtigungsanspruch aus § 894 gegeben. Ferner ist aber auch anzunehmen, daß, wenngleich die genannte Eigentumseintragung nichtig ist, der Erwerber doch dadurch, daß er an Stelle des Veräußerers im Grundbuch als Eigentümer eingetragen worden ist, etwas auf Kosten des Veräußerers ohne rechtlichen Grund im Sinne des § 812

erlangt hat, indem die durch die Änderung der Eigentumseintragung dem Veräußerer entzogene und dem Erwerber gebotene Möglichkeit der Veräußerung und Belastung der Parzelle einen erheblichen Vermögenswert darstellt. Es ist deshalb dem Veräußerer auch der schuldrechtliche Bereicherungsanspruch auf Wiederverschaffung auch des Bucheigentums für ihn, nicht nur im Wege der Herbeiführung der Löschung des Bucheigentums des Erwerbers, sondern auch, entsprechend der früheren Auflassung und zur sichereren Klarstellung des Grundbuchs, durch Rückauflassung der Parzelle, zuzugestehen. Die Geltendmachung dieses schuldrechtlichen Anspruchs hat für den Veräußerer gegenüber der Geltendmachung des dinglichen Berichtigungsanspruchs z. B. den Vorteil, daß er nicht gemäß § 897 die Kosten der Wiederherstellung des richtigen Grundbuchzustandes zu tragen hat. Weiter aber ist der schuldrechtliche Anspruch auf Herbeiführung der Richtigstellung des Grundbuchs nach allgemeinen Grundsätzen als unbeschränkt übertragbar zu erachten. Daraus wird zu folgern sein, daß der Erwerber des Anspruchs (Zessionar) von dem zu Unrecht als Eigentümer Eingetragenen verlangen kann, daß an ihn statt an den Veräußerer (Zedenten) die Parzelle aufgelassen wird; denn in der Abtretung des Anspruchs wird, in der Regel wenigstens, der Ausdruck des Willens des Abtretenden zu finden sein, daß die Rückauflassungsverpflichtung durch Auflassung an den Abtretungsempfänger erfüllt werden solle, und der als Eigentümer Eingetragene, der buchmäßig zur Verfügung über das Grundstück auch durch Auflassung an einen Dritten in der Lage ist, wird daher durch eine solche Auflassung von seiner Verpflichtung gegenüber dem Veräußerer befreit.

3. Die **Zustimmung zu der Berichtigung** muß in der Weise erfolgen, daß daraufhin die Berichtigung bewirkt werden kann. Gemäß §§ 19, 29 Satz 1 GBO muß sie daher in der Form des § 29 Satz 1 erklärt werden (vgl. RJA 9, 204; OLG 3, 225; 9, 332). Ist das Grundbuch deshalb unrichtig, weil ein Recht außerhalb des Grundbuchs auf einen neuen Berechtigten übergegangen ist, so ist die Angabe des materiellen Rechtsakts erforderlich, durch den der Übergang sich vollzogen hat (KGJ 40 A 270). Ist zur Berichtigung die vorherige Eintragung des Berichtigungsverpflichteten erforderlich, so gibt § 895 dem Berichtigungsberechtigten auch hierauf einen Anspruch. Ferner kann nach § 896 die etwa notwendige Vorlegung der Briefe über hypothekarische Rechte verlangt werden. — Ein weiterer Anspruch aber steht dem Berichtigungsberechtigten nicht zu. Insbesondere kann er vom Berichtigungsverpflichteten, wenn dieser als Inhaber eines eingetragenen Rechtes eingetragen ist, das in Wirklichkeit ihm zusteht, nicht verlangen, daß an ihn das Recht übertragen wird in der Weise, wie es für die rechtsgeschäftliche Übertragung eines bestehenden Rechtes dieser Art im Gesetze (vgl. §§ 873, 925, 1154) vorgeschrieben ist; so z. B. nicht: die Abtretung einer für den Verpflichteten eingetragenen Hypothek, die an ihn als Eigentümer oder persönlichen Schuldner zufolge Befriedigung des Verpflichteten kraft Gesetzes (§§ 1163 Abs 1, 1167) übergegangen ist (vgl. §§ 1144, 1145, 1167; **RG** JW 02 Beil 240, auch 250); die Rückabtretung einer Hypothek, die unwirksam (z. B. durch den gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Gläubigers ohne erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung) an den Verpflichteten abgetreten war (**RG** Gruch 59, 480); die Auflassung eines Grundstücks, das er durch eine frühere nichtige Auflassung dem Verpflichteten zum Eigentum übertragen hatte (vgl. **RG** JW 02 Beil 202). — Daher ist in derartigen Fällen, wenn der Berichtigungsanspruch im Klagewege geltend gemacht wird, der Klagantrag nur dahin zu stellen, den Beklagten zu verurteilen, zu bewilligen (vgl. § 19 GBO; RJA 9, 204), daß an seiner Stelle der Kläger (oder, wenn noch andere, z. B. die gütergemeinschaftliche Ehefrau, mitberechtigt sind, der Kläger und diese anderen, vgl. **RG** JW 02 Beil 202) als Inhaber des Rechtes (z. B. als Gläubiger einer Hypothek) eingetragen werde (vgl. RJA 2, 49). Auf Grund des die Zustimmung gemäß § 894 ZPO ersetzenden rechtskräftigen Urteils und eines keiner Form bedürfenden Antrags (§§ 13, 30 GBO) erlangt dann der Kläger die Eintragung. Ist eine Hypothek zufolge Nichtentstehung oder Erlöschens der gesicherten Forderung gemäß §§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1 auf den Grundstückseigentümer als Grundschuld übergegangen, so ist der Antrag des Eigentümers darauf zu richten, daß der als Gläubiger Eingetragene die Umschreibung der Hypothek als Grundschuld auf den Namen des Eigentümers bewillige. Jedoch kann der Eigentümer auch Bewilligung der Löschung der Hypothek verlangen, da er über seine Eigentümergrundschuld auch dadurch verfügen kann, daß er sie zur Löschung bringt, und der als Gläubiger Eingetragene, wenn er nach diesem anderen Antrag verurteilt wird, nicht beschwert ist (**RG** Gruch 58, 670, auch **RG** 86, 305; 91, 226). — Ferner für den Fall der Eigentumsberichtigung kommt in Betracht, daß, wenn der Berichtigungsberechtigte auf Auflassung statt auf Zustimmung zur Eintragung klagen würde, dadurch, in der Regel wenigstens, nur er selbst, nicht der Beklagte benachteiligt würde; denn er müßte mit dem Urteile vor dem Grundbuchamte erscheinen, um dort seinerseits die Auflassungserklärung abzugeben (§ 925 BGB; § 20 GBO, § 925 A 11), während der Beklagte nach rechtskräftiger Verurteilung nichts Weiteres zur Herbeiführung der Berichtigung zu veranlassen hätte. Es wird daher eine Klage

auf Auflassung, wenn nicht der Beklagte besondere ihn benachteiligende Umstände darzulegen vermag, nicht abgewiesen werden dürfen. Anderseits enthält eine Verurteilung zur Bewilligung der Eintragung des Eigentums eines andern auch eine genügende Verurteilung zur Abgabe der Auflassungserklärung, da hierbei der Gebrauch des Wortes Auflassung nicht notwendig ist (s. § 925 A 13). Wenn daher der Berichtigungsberechtigte auf Grund eines solchen Urteils ohne Abgabe einer Auflassungserklärung von seiner Seite seine Eintragung herbeiführen will, muß das Urteil (insbesondere für das Grundbuchamt) die Feststellung enthalten, daß es sich um eine Berichtigung, nicht um eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung handelt (§§ 20, 22 GBO); denn andernfalls würde, wenn die Auflassung notwendig wäre, die für diese vorgeschriebene Form umgangen werden können (vgl. RJA 9, 205). Sachgemäß wird deshalb der Klagantrag dahin zu stellen sein: den Beklagten zu verurteilen, anzuerkennen, daß nicht ihm, sondern dem Kläger das Eigentum zusteht, und demgemäß zu bewilligen, daß der Kläger als Eigentümer eingetragen wird. Daß übrigens der Berichtigungsverpflichtete freiwillig durch Auflassung seine Berichtigungspflicht erfüllt, ist im Falle des Einverständnisses des Berechtigten nicht ausgeschlossen, da er formell zur Abgabe der Auflassungserklärung legitimiert ist und die daraufhin erfolgende Eintragung den wirklichen Rechtszustand im Grundbuche zur Darstellung bringt (RJA 9, 59). Über die Berechtigung, Auflassung zu verlangen, im Falle des Bestehens auch eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Herbeiführung der Richtigstellung der Eigentumseintragung vgl. A 2 a. E. — Ist eine Parzelle irrtümlich auf ein anderes Grundbuchblatt als auf das des Eigentümers eingetragen worden, so ist die Verurteilung auf Bewilligung der Übertragung von jenem auf dieses Blatt zu richten (vgl. RG 62, 324). Zur lastenfreien Abschreibung ist dann aber noch die Zustimmung der Realberechtigten erforderlich. Diese brauchen ihre Zustimmung nicht zu geben, wenn sie inzwischen in gutem Glauben ein Recht (z. B. eine Hypothek) an der Parzelle durch Bestellung des als Eigentümer auch der Parzelle Eingetragenen erworben haben (s. § 891 A 2 „tatsächliche Angaben"). — Im Falle des Bestehens eines dinglichen Rechtes außerhalb des Grundbuchs (s. A 1 a) ist die Eintragung des Rechtes (RG 82, 23; 88, 286; Warn 1912 Nr 11; § 891 A 6), im Falle des Nichtbestehens eines das Grundstück oder ein Recht am Grundstücke belastenden eingetragenen Rechtes (s. A 1 b) oder einer eingetragenen Verfügungsbeschränkung (s. A 1 d) die Löschung der Belastung oder der Beschränkung, im Falle unrichtiger Einschreibung eines Rechtes (s. A 1 c) die Eintragung des richtigen und vollständigen Inhalts zu bewilligen. In dem zuerst genannten Falle steht es der Wiedereintragung eines zu Unrecht gelöschten, unter der Herrschaft der früheren Gesetze begründeten Rechtes nicht entgegen, daß dem BGB die Rechtsform unbekannt ist, sofern die Übergangsvorschriften des EG (z. B. Artt 179, 184) die weitere Geltung eines derartigen Rechtes anerkennen (RG 82, 23).

4. Der **Berichtigungsverpflichtete** ist derjenige, der zufolge der Berichtigung im Falle seiner unrichtigen Eintragung als Eigentümer oder als Inhaber einer Grundstücks- oder einer Rechtsbelastung oder als ein durch eine Verfügungsbeschränkung Begünstigter aus dem Grundbuche gänzlich ausscheidet, im Falle der Eintragung eines außerhalb des Grundbuchs bestehenden Rechtes oder des richtigen Inhalts eines eingetragenen Rechtes oder einer außerhalb des Grundbuchs bestehenden Verfügungsbeschränkung eine Schmälerung seiner grundbuchmäßigen Rechtslage erleidet. — Auch wenn der Betroffene nicht wahrer Inhaber des Rechtes ist, das aus dem Grundbuche ausscheiden oder beschränkt werden soll (z. B. der Bucheigentümer, wenn eine zu Unrecht gelöschte Hypothek wieder eingetragen werden soll, oder der auf Grund nichtiger Übertragung als Gläubiger einer Hypothek Eingetragene, deren Löschung wegen Nichtbestehens und Kenntnis des Eingetragenen davon der Eigentümer verlangt), hat er bei der Berichtigung mitzuwirken und kann er die Klage nicht durch die Einrede abwehren, daß er nicht der wahre Berechtigte sei; denn bei der Berichtigung handelt es sich nur darum, den Grundbuchinhalt (formell) mit der wahren Rechtslage in Einklang zu bringen, und nach dem Grundbuche ist der Eingetragene Inhaber des betroffenen Rechtes. Es wird auch die Zustimmung des Buchinhabers allein zur Herbeiführung der Berichtigung genügen, da der Buchinhaber gegenüber dem Grundbuchamte formell zur Verfügung über das Recht legitimiert ist, es sei denn, daß aus den Unterlagen für die Eintragung Bedenken gegen seine Legitimation vom Grundbuchamte zu entnehmen sind (vgl. RJA 9, 205; KGJ 49, 206). — Wenn mehrere an dem betroffenen Rechte mitberechtigt sind, müssen sämtliche Berechtigte die Zustimmung erteilen (vgl. RJA 1, 121; z. B. sämtliche Miteigentümer, wenn der Gläubiger einer nur an einem Anteil bestehenden Hypothek Richtigstellung ihrer Anteile verlangt, RG 54, 85; OLG 18, 116; oder sämtliche Miterben, wenn sie auf Antrag eines Miterben als Eigentümer eingetragen werden sollen, vgl. § 22 Abs 2 GBO, KGJ 25 A 114), es sei denn, daß einem von ihnen allein die Verfügung über das Recht ausschließlich zusteht (wie z. B. dem Manne bei der ehelichen Gütergemeinschaft, vgl. §§ 1443ff., 1519, 1549 BGB, § 740 ZPO; RJA 2, 89; KGJ 22 A 140, jedoch auch OLG

18, 117). — Wird von einem andern als dem Eigentümer (z. B. von einem nachstehenden Hypothekengläubiger) die Löschung einer nicht bestehenden Hypothek verfolgt, so ist nach § 27 GBO auch die Zustimmung des Eigentümers erforderlich (vgl. RG 72, 367; KGJ 24 A 135). — Ist über das Vermögen des Verpflichteten der Konkurs eröffnet, so hat nach §§ 6, 43 KO der Konkursverwalter die Zustimmung zu erteilen (SeuffA 62 Nr 175).

5. Die Zustimmung zu der Berichtigung, die vom Berichtigungsberechtigten **verlangt werden kann,** stellt sich als Gegenstand eines dinglichen Anspruchs dar, der gleichzustellen ist den Ansprüchen aus dem Eigentum und aus begrenzten dinglichen Rechten wegen Entziehung oder Beeinträchtigung (Eigentums-, negatorischer, konfessioneller Anspruch, vgl. §§ 985, 1004, 1017 Abs 2, 1027, 1065, 1090 Abs 2, 1227; RG 51, 420; 82, 24; Gruch 48, 937; OLG 18, 116). Macht im Falle des Konkurses über das Vermögen eines Hypothekengläubigers der Grundstückseigentümer geltend, die Hypothekenforderung sei getilgt, und verlangt er vom Konkursverwalter Bewilligung der Umschreibung der Hypothek als Grundschuld (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1) auf ihn oder Bewilligung der Löschung, so handelt es sich um einen Aussonderungsanspruch gemäß § 43 KO (RG 60, 251; 86, 240). Wenn wegen Nichtigkeit der Auflassung das Eigentum an einem Grundstück auf den Auflassungsempfänger nicht übergegangen ist, kann der Auflassende ebenso, wie der Eigentümer mit der Eigentumsklage gegen den Besitzer Herausgabe nur eines Teiles seines Eigentums zu verfolgen berechtigt ist, auch lediglich hinsichtlich eines Grundstücksteils Berichtigung des Grundbuchs verlangen (RG 78, 374). — Ist die Klage gerichtet auf das Eigentum (z. B. gegen den eingetragenen Nichteigentümer auf Bewilligung der Eintragung des wahren Eigentümers), auf das Bestehen einer dinglichen Belastung (z. B. wenn Eintragung eines außerhalb des Grundbuchs bestehenden Rechtes am Grundstücke oder wenn Richtigstellung des Inhalts eines eingetragenen Rechtes am Grundstücke verlangt wird, s. A 1a, c) oder auf das Nichtbestehen eines eingetragenen Rechtes (s. A 1b), so ist gemäß § 24 ZPO, wenn dadurch das Grundstück selbst betroffen wird, für die Klage das Gericht der belegenen Sache ausschließlich zuständig (RG 82, 24; 88, 61), und zwar gleichviel von welchem der etwa mehreren Berichtigungsberechtigten (vgl. RG 15, 386; 20, 403; 23, 339; 25, 384; 35, 365; JW 92, 477[2]; 96, 410[5, 6]; Gruch 35, 816; 36, 1201; OLG 18, 403) die Klage erhoben wird. Dies trifft auch zu, wenn ein Hypothekengläubiger gegen denjenigen, für den ein angeblicher Berichtigungsanspruch des Eigentümers gegen ihn (den Hypothekengläubiger) auf Bewilligung der Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld wegen Nichtentstehung der durch die Hypothek gesicherten Forderung gepfändet worden ist, auf Feststellung des Nichtbestehens eines Anspruchs auf Umschreibungsbewilligung klagt, da es sich dabei um eine negative Feststellungsklage handelt, bei der in Streit ist, ob ein Berichtigungsanspruch bezüglich des Bestehens der Hypothek als solcher gegeben ist (RG Gruch 57, 160). Dagegen trifft es wegen Fehlens der Voraussetzung, daß das Grundstück selbst betroffen wird, nicht zu, wenn die Klage die Belastung oder eine Verfügungsbeschränkung an einem das Grundstück belastenden Rechte zum Gegenstande hat. Um Geltendmachung eines Berichtigungsanspruchs im Sinne des § 894 handelt es sich bei einer Klage auf Wiedereintragung eines zu Unrecht gelöschten Rechtes überhaupt nicht, wenn auf schuldrechtliche Verpflichtung, die der ursprünglichen Rechtseintragung zugrunde lag, oder auf grundlose Bereicherung die Klage gestützt ist (RG 82, 24). — Wegen der Wirkung der Rechtshängigkeit des Anspruchs vgl. §§ 265, 266, 325 ZPO, RG 79, 165. — Der Beklagte kann nicht einwenden, daß dem Kläger auf anderem Wege (vgl. § 22 GBO) die Herbeiführung der Grundbuchberichtigung möglich sei, und zwar auch dann nicht, wenn er selbst bereits diese Möglichkeit durch Beschaffung der etwa erforderlichen Urkunden dem Kläger gegeben hat; denn § 894 (anders wie § 895, s. dort A 1) macht die Gewährung des Rechtes auf Zustimmung nicht davon abhängig, daß dem Berichtigungsberechtigten die Herbeiführung der Berichtigung nicht anders möglich sei (str.; vgl. RG Warn 1914 Nr 126; OLG 7, 27; 14, 124; 18, 405). So kann z. B. der Eigentümer, der den Hypothekengläubiger befriedigt hat, trotz Quittungsempfangs Bewilligung der Umschreibung der Hypothek verlangen, und der Eigentümer, auf dessen Grundstück eine Gesamthypothek gemäß § 1181 Abs 2 durch Befriedigung aus einem andern Grundstück erloschen ist, Bewilligung der Löschung von dem Hypothekengläubiger beanspruchen (vgl. OLG 14, 124). — Hat der Berichtigungsverpflichtete aus einem Schuldverhältnisse gegenüber dem Berichtigungsberechtigten einen persönlichen Anspruch darauf, daß der Grundbuchinhalt wie bisher bestehenbleibt (z. B. wenn auf Grund gültigen Kaufvertrags eine nichtige Auflassungserklärung abgegeben oder wenn eine Hypothek so unvollständig eingetragen ist, daß sie nichtig ist, der Gläubiger aber nach dem schuldrechtlichen Hypothekbestellungsvertrage die Eintragung einer gültigen Hypothek verlangen kann, oder wenn auf die Berichtigung verzichtet worden ist), so kann er die Klage mit der Einrede arglistigen Verhaltens abwehren (vgl. RG 78, 377; 80, 321; 81, 291; Gruch 58, 1037; 29, 966; OLG 14, 125). — Die Beweislast für die Unrichtigkeit des Grundbuchs liegt in

der Regel dem Kläger ob nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß der Kläger die Tatsachen, die zur Begründung seines Anspruchs dienen, beweisen muß (RG Gruch 58, 833 [Warn 1914 Nr 291]). Klagt daher z. B. der Grundstückseigentümer gegen den Gläubiger einer Hypothek mit der Behauptung, die Hypothek bestehe nicht oder sie stehe wegen Nichtentstehung oder Erlöschung der gesicherten Forderung nicht dem Gläubiger, sondern ihm als Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1) zu, auf Bewilligung der Löschung oder der Umschreibung der Hypothek, so muß er das Nichtbestehen (Nichtigkeit) der Hypothek bzw. die Nichtentstehung oder die Erlöschung der Forderung (vgl. §§ 891, 1138) beweisen (RG 18, 266; 57, 321; 60, 249; JW 02, 421[14]; 06, 18[17]; Gruch 58, 833). Anders verhält es sich aber, wenn der Grundstückseigentümer gegen den Gläubiger einer Sicherungshypothek (§ 1184) oder Höchstbetraghypothek (§ 1190) wegen Nichtentstehung der Forderung die Grundbuchberichtigungsklage erhebt. Hier muß der Gläubiger wie bei der negativen Feststellungsklage bezüglich einer Forderung, da er nach §§ 1184 Abs 1, 1190 Abs 1 sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann, die Entstehung der Forderung beweisen, sofern sich nicht aus den Eintragungsurkunden ein Beweis dafür in erster Linie ergibt, namentlich wenn die Hypothek für eine künftige Forderung (§ 1113 Abs 2, bei einer Höchstbetraghypothek für künftige Forderungen, die aus einem Rechtsverhältnis entstehen werden) bestellt ist (vgl. RG Gruch 58, 833; Warn 1914 Nr 76 [291]). — Die **Vornahme der Berichtigung** erfolgt vom Grundbuchamte auf Antrag des Berechtigten (§§ 13, 30 GBO) und auf Grund der freiwilligen (§§ 19, 29 GBO) oder durch Urteil ersetzten (§ 894 ZPO) Bewilligung des Verpflichteten, ohne daß (z. B. auch bei Berichtigung der Eigentumseintragung) ein weiterer Nachweis der Unrichtigkeit erforderlich ist (RG 73, 154; RJA 9, 203; 11, 239; 12, 72). Jedoch hat der Grundbuchrichter die Berichtigung auf Grund einer Berichtigungsbewilligung abzulehnen, wenn sich aus den beigebrachten Urkunden ergibt, daß durch eine der Bewilligung entsprechende Eintragung das Grundbuch gerade umgekehrt unrichtig würde (RG 73, 157; RJA 11, 239; 12, 73). — Außerdem ist nach § 22 GBO vom Grundbuchamt die **Berichtigung** auch ohne Bewilligung des von dieser in seinem Rechte **Betroffenen** zu bewirken, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen wird (z. B.: daß ein nur für einen Verkaufsfall bestelltes Vorkaufsrecht durch Nichtausübung erloschen ist [§ 1097 A 1], durch Vorlegung eines notariellen Tauschvertrags seitens des Grundstückserwerbers, KGJ 40 A 133; die Umwandlung einer Hypothek zufolge Zahlung in eine Eigentümergrundschuld [§§ 1163, 1177] durch beglaubigte Quittung des Gläubigers, RG 56, 327; KGJ 26 A 150; 40 A 136; 40 A 294; RJA 11, 63; die Übertragung einer Briefhypothek [§ 1154 Abs 1, § 1117 Abs 3] durch Einreichung von Abtretungs- und Annahmeerklärungen in der Form des § 29 GBO und des Hypothekenbriefs, vgl. KGJ 49, 206; daß eine Hypothekübertragung nichtig ist, weil der Erwerber [z. B. eine Stiftung] keine Rechtspersönlichkeit besitzt, durch Nachweis des Mangels der Rechtspersönlichkeit, RG 88, 89). — Hinsichtlich der Ausführung der Berichtigung ist hervorzuheben, daß, wenn es sich um Vornahme der Berichtigung durch Wiedereintragung einer zu Unrecht gelöschten Hypothek handelt, die zur Eigentümergrundschuld geworden war, die Eintragung in Preußen in der Hauptspalte der Abt. III unter neuer Nummer hinter den nacheingetragen gewesenen anderen Hypotheken in Gestalt einer aus einer früheren Hypothek entstandenen Eigentümergrundschuld zu erfolgen hat und hier sowie bei den anderen Hypotheken der Vorrang des Wiedereingetragenen zu vermerken ist (KGJ 48, 189). — Über den zur Berichtigung erforderlichen Inhalt der Urteilsformel vgl. A 3. Ist das Urteil noch nicht rechtskräftig (§ 894 ZPO), aber vorläufig vollstreckbar, so kann ein **Widerspruch** für den **Berichtigungsberechtigten** nach Maßgabe der angeblich wirklichen Rechtslage eingetragen werden (§ 895 ZPO).

§ 895

Kann die Berichtigung des Grundbuchs erst erfolgen, nachdem das Recht des nach § 894 Verpflichteten eingetragen worden ist[1]), so hat dieser auf Verlangen sein Recht eintragen zu lassen[2]).

E I 1826 II 880; M 5 111 f.; P 6 223 ff.

1. Die vorherige **Eintragung des Rechtes des nach § 894 Verpflichteten**, also desjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung des Grundbuchs betroffen wird und der seine Zustimmung zu der Berichtigung zu erteilen hat, ist nach materiellem Rechte, sofern nur der Verpflichtete trotz fehlender Eintragung wirklicher Inhaber des betroffenen Rechtes ist, zur Wirksamkeit der Zustimmung ebensowenig erforderlich, wie sonst die vorherige Eintragung des bei einer dinglichen Rechtsänderung als Verfügender beteiligten Berechtigten (s. § 873 A 8). Nach § 40 Abs 1 GBO aber soll eine Eintragung (also auch eine Löschung) nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Wiewohl diese Bestimmung nur eine Ordnungsvorschrift ist und daher ihre Nichtbefolgung auf die

materielle Wirksamkeit der Verfügung des wirklich berechtigten Passivbeteiligten keinen Einfluß hat, wird doch durch § 895 gegen den Zustimmungsverpflichteten ein Anspruch auf Bewirkung seiner Eintragung gegeben, damit das aus der Ordnungsvorschrift sich für die Grundbuchberichtigung ergebende Hindernis behoben wird (vgl. Prot 6, 224). — Die §§ 40 Abs 2, 41 GBO enthalten aber Ausnahmen von der Vorschrift des § 40 Abs 1, namentlich hinsichtlich des im Besitze des Briefes über ein verbrieftes hypothekarisches Recht befindlichen, gemäß § 1155 legitimierten Gläubigers (§ 40 Abs 2) und für die Fälle der Übertragung und der Aufhebung des Rechtes hinsichtlich des Erben des eingetragenen Berechtigten. Soweit diese Ausnahmen zutreffen, ist der bezeichnete Anspruch gegen den Verpflichteten nicht gegeben, da dann die Grundbuchberichtigung ohne vorherige Eintragung des Verpflichteten erfolgen kann. Eine trotzdem erhobene Klage auf Herbeiführung der Eintragung ist in der Regel abzuweisen, da dem Anspruche die durch § 895 gesetzte materielle Grundlage mangelt (str.). So z. B. bedarf es zur Wiedereintragung einer zu Unrecht gelöschten Hypothek gegenüber dem Erben des verstorbenen Eigentümers, oder zur Umschreibung einer von dem Eigentümer an den Erben des Gläubigers bezahlten Buchhypothek auf den Eigentümer nur der in der Form des § 29 Satz 1 GBO freiwillig erklärten oder gemäß § 894 ZPO ersetzten Eintragungsbewilligung (bzw. Quittung) des Erben. Eine Klage auf Eintragung des Erben wäre in diesen Fällen unzulässig. — Jedoch ist zu beachten, daß die Geltendmachung des Anspruchs aus § 895 nicht etwa davon abhängig gemacht ist, daß „nach Maßgabe der §§ 40, 41 GBO" die Eintragung erforderlich ist, sondern nur davon, daß **die Berichtigung ohne Eintragung nicht „erfolgen kann"**. Hierunter aber ist nicht nur ein aus der fehlenden Eintragung gemäß den Vorschriften der §§ 40, 41 GBO sich ergebendes rechtliches, sondern auch ein tatsächliches Hindernis zu verstehen. Lehnt z. B. das Grundbuchamt die Berichtigung ab unter irriger Annahme, die Eintragung sei nach § 40 Abs 1 GBO erforderlich, während tatsächlich einer der Ausnahmefälle der §§ 40 Abs 2, 41 vorliegt, und hat auch die Beschwerde keinen Erfolg, so ist die Klage auf Bewirkung der Eintragung auch dann, wenn der Prozeßrichter anderer Auffassung als das Grundbuchamt ist, begründet, da die Berichtigung ohne die Eintragung nicht „erfolgen kann", nämlich tatsächlich nicht anders möglich ist (vgl. **RG** 54, 87). Allerdings kann in derartigen Fällen der Berichtigungsberechtigte, wenn er ein Urteil auf Bewilligung der Berichtigungseintragung erstritten hat, die Eintragung des Verpflichteten gemäß § 14 GBO (wonach die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Berechtigten auch von demjenigen beantragt werden kann, welcher auf Grund eines gegen den Berechtigten vollstreckbaren Titels eine Eintragung in das Grundbuch verlangen kann, sofern die Zulässigkeit dieser Eintragung von der vorgängigen Berichtigung des Grundbuchs abhängt) herbeiführen (vgl. RJA 10, 70). Jedoch wird auch hier durch die Möglichkeit der Anwendung dieses Mittels nicht die Anwendung des andern Mittels der Klage aus § 895 ausgeschlossen. — Ferner ist ein Anspruch aus § 895 auch dann gegeben, wenn der Verpflichtete zwar eingetragen ist, aber doch nicht derartig, daß, wenn es bei dieser Eintragung verbleiben würde, die daraufhin erfolgende Eintragung des Rechtes des Berichtigungsberechtigten hinsichtlich des Inhalts oder des Gegenstandes des Rechtes nicht richtig oder nicht vollkommen wäre; denn die richtige oder vollkommene Eintragung des Rechtes, auf die der Berichtigungsberechtigte Anspruch hat, kann dann erst erfolgen, wenn der Verpflichtete in entsprechender Weise eingetragen ist. Daher ist in einem solchen Falle eine Klage auf Herbeiführung der erforderlichen Änderung der Eintragung für zulässig zu erachten (vgl. **RG** 54, 87; RJA 10, 69, auch KGJ 26 A 80); so z. B., wenn behufs Grundbuchberichtigung eine (zu Unrecht gelöschte) an dem halben Anteil eines von zweien Miteigentümern je zur Hälfte bestehende Hypothek eingetragen werden soll, die Miteigentumsanteile aber nicht gemäß § 48 GBO in Bruchteilen angegeben sind, die Klage auf Eintragung des Bruchteils von $^1/_2$.

2. Die **Eintragung der Berichtigungsverpflichteten verlangen** kann nur derjenige, der nach Maßgabe des § 894 die Zustimmung des Verpflichteten zu der Grundbuchberichtigung verlangen kann, also dessen bestehendes dingliches Recht nicht oder nicht richtig, oder gegen dessen Recht zu Unrecht eine Belastung oder eine Verfügungsbeschränkung eingetragen ist (z. B. der Nacherbe kann verlangen, daß der Vorerbe sich als Eigentümer oder Berechtigter hinsichtlich des Eigentums oder Rechtes des Erblassers eintragen läßt, damit das Recht des Nacherben als Verfügungsbeschränkung eingetragen werden kann, vgl. §§ 1922, 2113 BGB, § 52 GBO; **RG** 61, 232). — Wer lediglich auf schuldrechtlicher Grundlage einen persönlichen Anspruch auf Herbeiführung der genannten dinglichen Rechtsänderungen hat (z. B. einen Anspruch auf Einräumung eines Rechtes am Grundstücke), dem steht der (dingliche) Anspruch aus § 895 nicht zu. Jedoch wird er in der Regel aus dem Schuldverhältnisse gegen seinen Vertragsgegner die persönliche Klage wie auf Herbeiführung der Rechtsänderung überhaupt, so auch auf Bewirkung der dazu etwa erforderlichen Eintragung des Vertragsgegners (z. B. im Falle des Verkaufs eines Grundstücks die Klage auf Entgegennahme der Auflassung und Eintragung des Käufers als Eigen-

tümer, damit für den klagenden Verkäufer eine Restkaufgeldhypothek eingetragen werden kann) erheben können (vgl. OLG 7, 283). Der Inhalt des persönlichen Anspruchs gegen den Vertragsgegner ist dann der gleiche, wie der Inhalt des dinglichen Anspruchs aus § 895 gegen den Berichtigungsverpflichteten. — In beiden Fällen ist der Anspruch darauf gerichtet, daß sich der Verpflichtete eintragen lasse, also alles bewirke und beschaffe, was zur Eintragung seines Rechtes erforderlich ist, damit dann die Eintragung für den persönlich Berechtigten (wenn die sonstigen Voraussetzungen dafür, insbesondere freiwillige oder durch Urteil ersetzte Eintragungsbewilligung vorliegen) bzw. für den Berichtigungsberechtigten erfolgen kann. Insbesondere hat auch im Falle des § 895 der Berichtigungsverpflichtete nicht etwa nur die Zustimmung zu seiner Eintragung zu erteilen. — Ergeht ein Urteil dem Anspruche gemäß, so kann das Urteil in beiden Fällen gemäß § 888 ZPO zur Vollstreckung gebracht werden, nicht gemäß § 887 ZPO, da der nach § 13 GBO von dem Verpflichteten zu stellende Eintragungsantrag nicht von einem beliebigen Dritten (ein Bevollmächtigter ist nicht Dritter) gestellt werden kann (str., vgl. jedoch RG 55, 59). § 14 GBO (s. A 1) kommt bei einem solchen Urteil nicht zur Anwendung, da es nicht die Eintragung eines (anderen) Rechtes für den Berechtigten zum Gegenstande hat. Wenn aber außerdem der Berichtigungsberechtigte ein Urteil auf Zustimmung zur Berichtigung, also zur Eintragung seines Rechtes, und der persönlich Berechtigte ein Urteil auf Bewilligung der Eintragung der Rechtsänderung erstritten hat, kann der betreffende Berechtigte auf Grund dieses Urteils die Eintragung des Verpflichteten gemäß § 14 GBO selbst beantragen (vgl. SeuffA 56 Nr 142); in dieser Vorschrift ist, was insbesondere den letzteren Fall anlangt, kein Unterschied gemacht, ob der Gläubiger einen Anspruch auf Eintragung seines als dinglich bereits bestehenden Rechtes zwecks Grundbuchberichtigung, oder nur einen persönlichen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechtes erstritten hat. — Der Berechtigte kann sich in beiden Fällen die zur Eintragung des berichtigungsberechtigten Verpflichteten notwendigen (§ 22 GBO) Unterlagen (z. B. einen Erbschein für den verpflichteten Erben des als Eigentümer Eingetragenen) gemäß §§ 792, 896 ZPO beschaffen. — Ist der Verpflichtete nicht (wie z. B. als Erbe) an die Stelle des als Berechtigter Eingetragenen getreten, sondern liegt der Fall so, daß der Verpflichtete wahrer, der Eingetragene nur scheinbarer Berechtigter sein soll (z. B. wegen Nichtigkeit der diesem erteilten Auflassung), so wird der persönlich Berechtigte (für den Berichtigungsberechtigten kommt dies nicht in Betracht; er kann auch vom Buchberechtigten Zustimmung nach § 894 verlangen) mit der vorbezeichneten Klage zugleich von dem Verpflichteten, weil dieser dem Berechtigten alle zulässigen Mittel zur Erlangung des Rechtes an die Hand geben muß, Abtretung des ihm zustehenden Berichtigungsanspruchs (vgl. § 894 A 2 Abs 3) verlangen können, um daraufhin gegen den Buchberechtigten auf Bewilligung der Eintragung des Verpflichteten klagen zu können. Eine Überweisung des Berichtigungsanspruchs könnte nur wegen einer vollstreckbaren Geldforderung (§§ 829, 835, 857 ZPO), nicht auf Grund des Urteils auf Herbeiführung der Rechtsänderung erfolgen.

§ 896

Ist zur Berichtigung des Grundbuchs die Vorlegung eines Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbriefs erforderlich[1]), so kann derjenige, zu dessen Gunsten die Berichtigung erfolgen soll[2]), von dem Besitzer des Briefes[3]) verlangen, daß der Brief dem Grundbuchamte vorgelegt wird[4]).

E I 1109 II 1091; M 3 745 f.; P 3 646; 6 386 f.

1. **Erforderlich ist die Vorlegung des Briefes,** damit ein Vermerk gemäß § 62 GBO darauf gesetzt werden kann, nach §§ 42 Abs 1 Satz 1, 43 GBO stets, wenn eine Eintragung bei einem verbrieften hypothekarischen Rechte (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) erfolgen soll, also auch stets, wenn eine Berichtigung des Grundbuchs bezüglich solcher hypothekarischen Rechte bewirkt werden soll. Wiewohl die genannten Bestimmungen nur Ordnungsvorschriften sind, deren Nichtbefolgung auf die Wirksamkeit des betreffenden Eintragungsaktes keinen Einfluß hat, gibt § 896 dem Berichtigungsberechtigten doch einen materiellrechtlichen Anspruch auf Vorlegung, um ihm die Herbeiführung der Berichtigung zu ermöglichen. — In gewissen Fällen jedoch bedarf es nach § 42 Abs 2 GBO (Ausschlußurteil) und nach § 43 Satz 2 (Brief für den Inhaber) der Vorlegung des Briefes zur Eintragung nicht. Soweit diese Ausnahmefälle gegeben sind, besteht ein Anspruch auf Vorlegung nicht, da diese dann zur Berichtigung nicht erforderlich ist. — § 896 ist auch auf die nach § 44 Abs 1 GBO (Hypothek für Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren) vorzulegende Urkunde anzuwenden, da diese den Hypothekenbrief vertritt.

2. **Derjenige, zu dessen Gunsten die Berichtigung erfolgen soll,** ist der, dem ein Berichtigungsanspruch aus § 894 deswegen zusteht, weil sein hypothekarisches Recht nicht, oder

nicht richtig eingetragen, oder zu Unrecht belastet, oder durch eine Verfügungsbeschränkung zu Unrecht beeinträchtigt ist, oder weil sein Eigentum zu Unrecht mit dem hypothekarischen Rechte belastet ist. Nach letzterer Richtung kommen namentlich die Fälle in Betracht, in denen eine Hypothek außerhalb des Grundbuchs erloschen ist (vgl. §§ 1173—1175, 1178), nach ersterer und letzterer Richtung die Fälle, in denen eine Hypothek auf den Eigentümer oder sonst einen andern als den eingetragenen Gläubiger übergegangen ist (vgl. §§ 1143, 1150, 1163, 1164, 1168, 1170 Abs 2, 1171 Abs 2, 1173, 1174, 1182, 268 Abs 3, 426 Abs 2, 774, 1922, s. dazu **RG** 47, 160), und nach ersterer Richtung Fälle der widerrechtlichen Eintragung oder der Aufhebung einer Verfügungsbeschränkung des Gläubigers. — Wenn der Eigentümer oder der Schuldner oder ein Dritter zufolge voller Befriedigung des Gläubigers die Hypothek gemäß §§ 1134, 1150, 1163, 1164 erwirbt, gilt nach §§ 1144, 1167 die Sonderbestimmung, daß der betreffende Erwerber nicht nur Vorlegung an das Grundbuchamt, sondern Aushändigung des Briefes verlangen kann, während bei nur teilweiser Befriedigung, oder bei teilweisem Verzicht nach §§ 1145, 1150, 1167, 1168 Abs 3 (vgl. § 61 Abs 1 GBO) nur Vorlegung des Briefes an das Grundbuchamt, das Gericht oder den Notar, zwecks Bildung eines Teilhypothekenbriefs verlangt werden kann (vgl. **RG** 69, 42; RJA 2, 83). — Wer lediglich auf schuldrechtlicher Grundlage einen persönlichen Anspruch auf Herbeiführung einer Rechtsänderung bezüglich eines hypothekarischen Rechtes hat, der hat einen Anspruch aus § 896 nicht. Jedoch wird ihm in der Regel aus dem Schuldverhältnisse gegen seinen Vertragsgegner ein persönlicher Anspruch auf Vorlegung des Briefes zustehen, wenn die Herbeiführung der Rechtsänderung nicht anders zu ermöglichen ist (vgl. § 895 A 2). — Das Grundbuchamt ist zur Anordnung der Vorlegung weder verpflichtet, noch berechtigt (vgl. RJA 6, 165). — Über Vorlegung des Briefes, wenn bei einem verbrieften hypothekarischen Rechte eine Vormerkung eingetragen werden soll, vgl. § 885 A 3 a. E. Es hat aber derjenige, der bei einem hypothekarischen Rechte eine Vormerkung (z. B. des Anspruchs auf Löschung) eintragen lassen will, gegen den dritten Besitzer des Briefes (z. B. einen Pfandgläubiger) keinen Anspruch auf Vorlegung aus § 896, da die Vormerkung kein Recht an der Hypothek ist, sie auch erst durch die Eintragung entsteht, also eine Grundbuchberichtigung durch diese nicht stattfindet (vgl. OLG 3, 98).

3. Von jedem (unmittelbaren oder mittelbaren, § 868) **Besitzer des Briefes** kann die Vorlegung verlangt werden, nicht bloß von demjenigen, der nach § 894 die Zustimmung zu der Berichtigung zu erteilen hat (vgl. **RG** 47, 161; 69, 42). So ist z. B. derjenige, dem eine Briefhypothek verpfändet ist, zur Vorlegung des Briefes verpflichtet, wenn die Hypothek zufolge Befriedigung auf einen andern als den eingetragenen Gläubiger übergegangen ist (s. A 2) und die Umschreibung der Hypothek auf diesen andern zwecks Berichtigung des Grundbuchs erfolgen soll (vgl. **RG** 47 S. 160, 161); und ist ferner im Falle der Abtretung eines Teiles einer Briefhypothek unter Übergabe eines Teilhypothekenbriefs behufs Bewirkung der Eintragung der an sich außerhalb des Grundbuchs vollzogenen Teilübertragung (§§ 1154 Abs 1, 1145, 1152 Abs 1 BGB; § 61 GBO; vgl. auch **RG** 69, 43) der Besitzer des Stammbriefes zur Vorlegung gemäß § 42 GBO verpflichtet, da auch auf diesem Briefe die Eintragung der Teilabtretung gemäß § 62 Abs 1 GBO zu vermerken ist (**RG** 59, 318; RJA 6, 66). — Wird der besitzende Dritte lediglich als Besitzer auf Vorlegung in Anspruch genommen, so muß er noch zur Zeit der Klagerhebung im Besitze des Briefes sein (**RG** JW 04, 92[12]). Dies gilt jedoch z. B. nicht, wenn bei einer für einen Gläubiger erfolgten Pfändung und Überweisung einer Hypothek des Schuldners zugleich dessen persönlicher Anspruch auf Herausgabe des Briefes gegen den Besitzer überwiesen ist, und der Gläubiger daraufhin mit der Klage gegen den Besitzer Vorlegung des Briefes verlangt, um demnächst das Grundbuch durch Eintragung der Pfändung berichtigen zu können; denn hierbei handelt es sich nicht um eine Klage aus dem Rechte des Berichtigungsberechtigten gemäß § 896, sondern um Geltendmachung des persönlichen Anspruchs des Schuldners (vgl. **RG** JW 04, 92[12]). — Hat der dritte Besitzer ein Recht zum Besitze, sei es allgemeinhin oder auf Grund eines obligatorischen Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem Berichtigungsberechtigten (z. B. weil er die Hypothek bezahlt hat und dafür Ersatz verlangen kann, vgl. § 986), so können natürlich die daraus herzuleitenden Einwendungen auch gegenüber dem Anspruche aus § 896 mit Erfolg geltend gemacht werden (vgl. M 3, 746).

4. Auf Grund des § 896 kann nur **Vorlegung an das Grundbuchamt verlangt** werden, nicht Aushändigung an den Berichtigungsberechtigten (vgl. **RG** 69, 42). Über die Fälle, in denen zufolge Sonderbestimmung Aushändigung beansprucht werden kann, vgl. A 2. — Die Vollstreckung eines Urteils auf Vorlegung erfolgt gemäß § 883 Abs 1 ZPO, also durch Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Wegnahme des Briefes und dessen Vorlegung beim Grundbuchamte; denn die Vorlegung des Briefes ist (zeitweise) Herausgabe einer Sache im Sinne dieser Vorschrift (**RG** Gruch 50, 1110). Über Herbeiführung der Vorlegung eines für mehrere Pfändungsgläubiger hinterlegten Briefes vgl. OLG 15, 347.

§ 897

Die Kosten[1]) der Berichtigung des Grundbuchs und der dazu erforderlichen Erklärungen hat derjenige zu tragen[2]), welcher die Berichtigung verlangt, sofern nicht aus einem zwischen ihm und dem Verpflichteten bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein anderes ergibt[3]).

E I 848 II 818; M 3 237; P 3 102.

1. Zu den betreffenden **Kosten** gehören namentlich die der öffentlichen Beurkundung oder Beglaubigung (§ 29 Satz 1 GBO) der vom Berichtigungsverpflichteten gemäß § 894 zu erteilenden Zustimmung; nicht aber die Kosten eines Rechtsstreits, bezüglich deren die Kostenpflicht sich vielmehr nach §§ 91 ff. ZPO bestimmt.

2. **Zu tragen** hat die Berichtigungskosten **der Berichtigungsberechtigte,** entsprechend dem § 369 Abs 1 (der Schuldner trägt die Quittungskosten), deswegen, weil die Berichtigung in der Regel (Ausnahme im Falle des Schlußhalbs) in seinem Interesse erfolgt (M 3, 237). Da der Berichtigungsverpflichtete sich auf Abgabe der Zustimmungserklärung nicht einzulassen braucht, bevor er nicht wegen Deckung der entstehenden Kosten gesichert ist, hat der Berichtigungsberechtigte die erforderlichen Kosten jenem auch vorzuschießen (vgl. §§ 369 Abs 1, 403 Satz 2, 798 Satz 2, 799 Abs 2 Satz 2, 800 Satz 2, wo die Vorschußpflicht ausdrücklich bestimmt ist).

3. Das ausnahmsweise die Kostenpflicht des Berichtigungsverpflichteten begründende **Rechtsverhältnis** kann auf Vertrag (vgl. für den Kauf §§ 435, 449) oder unerlaubter Handlung (z. B. vorsätzlicher Vernichtung von Urkunden) beruhen. Zwischen dem Nacherben und dem Vorerben besteht auf Grund der letztwilligen Verfügung ein solches Rechtsverhältnis nicht; der Nacherbe muß also die Kosten tragen, wenn er die Eintragung des Vorerben und seines Nacherbenrechts verlangt (str., vgl. jedoch hinsichtlich der Eintragung von Amts wegen § 52 GBO). — Über die Kostentragung im Falle des Bestehens auch eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Herbeiführung der Richtigstellung des Grundbuchs vgl. § 894 A 2 a. E.

§ 898

Die in den §§ 894 bis 896 bestimmten Ansprüche unterliegen nicht der Verjährung[1]).

E II 818; P 3 102 ff.; 4 589.

1. Die **Unverjährbarkeit** ist für die (formellen) **Ansprüche des Berichtigungsberechtigten aus §§ 894—896** deswegen bestimmt, weil das dingliche Recht selbst durch eigene Verjährung nach dem BGB nicht untergehen kann (vgl. § 901 A 2, § 902 A 1) und auch der (materielle) dingliche Hauptanspruch aus dem Rechte auf Herstellung des diesem entsprechenden Zustandes (vgl. § 901 A 3), abgesehen von den Ausnahmefällen des § 902 Abs 1 Satz 2 und der §§ 1028, 1090 Abs 2, nach § 902 Abs 1 Satz 1, Abs 2 nicht verjährt, wenn das Recht eingetragen oder ein Widerspruch zu seinen Gunsten im Grundbuche vermerkt ist (Prot 3, 107; 4, 589). — Jedoch können das Eigentum und die im § 900 Abs 2 bezeichneten Rechte gemäß § 900 durch Tabularersitzung erworben und damit die entsprechenden Rechte der wahren Berechtigten zum Erlöschen gebracht werden; und ferner erlöschen Rechte an fremden Grundstücken in den Fällen der §§ 901 (zu Unrecht gelöschtes oder kraft Gesetzes entstandenes nicht eingetragenes Recht), 1028, 1090 Abs 2 (in gewisser Hinsicht Dienstbarkeiten mit Ausnahme des Nießbrauchs) zufolge Verjährung des vorgenannten Hauptanspruchs. Soweit danach das nicht eingetragene (wahre) Recht erloschen ist, hat nunmehr das Grundbuch einen richtigen und vollständigen Inhalt und daher ist ein Berichtigungsanspruch (insbesondere gegenüber dem eingetragenen ursprünglich nicht wirklichen Rechte) nicht gegeben, so daß eine Unverjährbarkeit des Anspruchs überhaupt nicht in Frage kommt (str.; vgl. § 901 A 3). Der Hauptanspruch aus nicht eingetragenem (wahren) Eigentum (z. B. gegenüber dem Besitzer des Grundstücks) kann allerdings verjähren, ohne daß das Eigentum erlischt (vgl. § 902 A 1); dann ist auch fortdauernd ein Berichtigungsanspruch (z. B. gegen den nicht besitzenden, zwar eingetragenen, aber nicht wirklichen Eigentümer) gegeben, der einer Verjährung nicht unterliegt (str.).

§ 899

In den Fällen des § 894 kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs[1]) eingetragen werden[2]).

Die Eintragung erfolgt auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund einer Bewilligung desjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung des Grundbuchs betroffen wird. Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung

ist nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des Rechtes des Widersprechenden glaubhaft gemacht wird³).

E I 844, 845 II 814; M 3 237 ff., 242 ff.; P 3 107 ff., 116; 6 222 f.

1. Während § 899 Abs 1 bestimmt, daß die Eintragung eines **Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs in den Fällen des § 894** zulässig sei, gibt das BGB weder hier noch sonst eine allgemeine Bestimmung über **das Wesen und die Wirkungen eines Widerspruchs.** Nur im einzelnen ist vorgeschrieben, welche Wirkung es haben soll, wenn in dem betreffenden zu den Fällen des § 894 gehörenden Falle ein Widerspruch eingetragen ist. Vgl. §§ 892 Abs 1 Satz 1, 900 Abs 1 Satz 3, 902 Abs 2, 927 Abs 3. Aus diesen Wirkungen ergibt sich, daß der Widerspruch zum Schutze eines sei es überhaupt nicht eingetragenen oder doch nur beschränkt eingetragenen dinglichen Rechtes insofern dient, als die bezeichneten rechtswirkenden Tatsachen, solange der Widerspruch eingetragen ist, dem wirklich bestehenden bzw. unbeschränkt bestehenden Rechte in dem gleichen Maße unschädlich sein sollen, wie es der Fall wäre, wenn das Recht eingetragen bzw. ohne Beschränkung eingeschrieben wäre. Danach ist der Widerspruch nicht ein Recht am Grundstücke oder an einem das Grundstück belastenden Rechte, sondern eine Schutzeintragung für ein dingliches Recht, die während ihrer Dauer in gewissen bestimmten Beziehungen mit der Wirkung der Eintragung bzw. der unbeschränkten Einschreibung des Rechtes versehen ist. Daher finden auf den Widerspruch die Vorschriften über eingetragene Rechte im allgemeinen keine Anwendung; nur soweit es sich um die vom Gesetze dem Widerspruche beigelegten einzelnen Wirkungen eingetragener Rechte handelt, wird eine entsprechende Anwendung statthaben können. Ferner ist daher, wo ein Schutzbedürfnis im vorbezeichneten Sinne gar nicht in Frage kommen kann, für die Eintragung eines Widerspruchs kein Raum (so z. B. wenn der als Eigentümer Eingetragene geltend macht, er sei in Wirklichkeit nicht Eigentümer, weil die Auflassung, auf Grund deren seine Eigentumsübertragung vorgenommen worden, nichtig sei; vgl. KGJ 47, 184; § 894 A 2 Abs 1). — Der Widerspruch ist auch nicht eine Verfügungsbeschränkung. Allerdings muß der Widerspruch, wenngleich durch ihn an sich nur das außerhalb des Grundbuchs bestehende dingliche Recht oder die Freiheit des eingetragenen Rechtes von einer Beschränkung gesichert werden soll, sich notwendigerweise immer gegen ein eingetragenes Recht richten. Denn unter der Voraussetzung, daß das Recht wirklich besteht bzw. unbeschränkt besteht, wird von dem Zeitpunkte der Widerspruchseintragung an ein eingetragenes Recht entweder beseitigt oder eingeschränkt. Wird z. B. ein Widerspruch für ein außerhalb des Grundbuchs bestehendes Eigentum oder für ein Recht eingetragen, wonach in Wahrheit dem Inhaber dieses Rechtes das für einen andern eingetragene begrenzte Recht (z. B. eine Hypothek) zusteht, oder wird durch den Widerspruch das Recht des Eigentümers darauf geschützt, daß sein Eigentum von einer zwar eingetragenen, aber tatsächlich (z. B. wegen Nichtigkeit der zugrunde liegenden Einigung) nicht bestehenden Belastung frei werde, so ist der Widerspruch in den ersten beiden Fällen dahin gerichtet, daß das für den Nichtberechtigten eingetragene Eigentum oder begrenzte Recht insofern beseitigt werden soll, als an Stelle des Nichtberechtigten der wahre Berechtigte treten soll, und in dem dritten Falle dahin, daß die nicht bestehende Belastung des Eigentums überhaupt zur Löschung gebracht werden soll. Eine Beschränkung eingetragener Rechte ferner bewirkt der Widerspruch z. B. dann, wenn ein außerhalb des Grundbuchs bestehendes begrenztes Recht am Grundstücke (z. B. eine zu Unrecht gelöschte Hypothek, s. § 891 A 6) gesichert werden soll; denn es wird das Eigentum belastet und, falls das gesicherte Recht den Vorrang vor anderen bereits eingetragenen begrenzten Rechten haben soll, erleiden auch diese hinsichtlich der Wertschätzung und der Durchführbarkeit eine Schmälerung. Jedoch in der rechtlichen Befugnis, über die betroffenen Rechte zu verfügen, werden die eingetragenen Inhaber in keiner Weise beschränkt. Eine Wirkung nach dieser Richtung ist dem Widerspruche vom Gesetze nicht beigelegt. Abgesehen von den Wirkungen hinsichtlich der Tabularersitzung, der Anspruchsverjährung und des Eigentumserwerbs auf Grund Ausschlußurteils nach Maßgabe der §§ 900 Abs 1 Satz 3, 902 Abs 2, 927 Abs 3 (s. die dortigen Bemerkungen) hat nach § 892 Abs 1 Satz 1 **der Widerspruch vielmehr nur die Wirkung,** daß im Falle rechtsgeschäftlichen Erwerbs bezüglich des betroffenen Rechtes **das durch den Widerspruch gesicherte Recht,** wenn es wirklich besteht, **als eingetragen gilt** und daher das dem Erwerbe entgegenstehende oder ihn beschränkende Recht dem Erwerber gegenüber auch dann wirksam ist, wenn er das Bestehen des Rechtes nicht gekannt hat (vgl. **RG** 67, 41; 88, 85; JW 01, 130³⁵; KGJ 36 A 179; 47, 177; 47, 213; 49, 182; OLG 17, 77). Darin liegt allerdings eine Beschränkung des betroffenen Rechtes insofern, als dem Inhaber die Möglichkeit genommen ist, über sein Recht, wiewohl es durch das gesicherte Recht beseitigt oder doch beschränkt wird, derartig rechtsgeschäftlich zu verfügen, daß der Erwerber, falls er das gesicherte Recht nicht kennt, das übertragene Recht rechtsgültig bzw. unbeschränkt erwirbt. Jedoch enthält dies nur eine Beschränkung der Wirkung der Veräußerung nach einer bestimmten

Richtung und also nur eine tatsächliche Verfügungsbeschränkung insofern, als das gesicherte Recht durch die Verfügung nicht beseitigt werden kann; rechtlich bleibt der Inhaber des betroffenen Rechtes nach wie vor zur Verfügung über das Recht befugt. In dieser Beziehung gilt daher das gleiche wie von der Vormerkung. Insbesondere darf das Grundbuchamt die Eintragung eines auf ein eingetragenes Recht bezüglichen rechtsgeschäftlichen Erwerbs und auch sonstige Eintragungen auf Grund einer Verfügung des eingetragenen Inhabers, z. B. auch eine Löschung, nicht deshalb ablehnen, weil ein Widerspruch gegen das Recht eingetragen ist (vgl. KGJ 26 A 253); und die Verfügung erlangt volle Wirkung, wenn die Widerspruchseintragung in Wegfall kommt. Vgl. hierüber § 883 A 11. Auch steht dem Inhaber des betroffenen Rechtes nach wie vor die Vermutung aus § 891 zur Seite. Vgl. § 891 A 4.

Ist aber hiernach der Widerspruch weder ein Recht, noch eine Verfügungsbeschränkung, so ergibt sich als Folge, daß die Eintragung eines **Widerspruchs gegen einen Widerspruch nicht zulässig** ist (vgl. RJA 4, 48; KGJ 20 A 217; 21 A 147, 288; 39 A 255; OLG 2, 59; 2, 243). Denn nach § 899 Abs 1 kann nur „in den Fällen des § 894" ein Widerspruch eingetragen werden, und § 894 betrifft nur die Fälle, in denen „in Ansehung eines Rechtes oder einer Verfügungsbeschränkung" der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht. Es bedarf auch eines solchen zweiten Widerspruchs zum Schutze gegen den ersten Widerspruch nicht. Denn das Gesetz hat dem Widerspruch nicht auch die Wirkung beigelegt, daß das gesicherte Recht hinsichtlich eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs an ihm ebenfalls als eingetragen anzusehen ist, daß also, falls ein gutgläubiger Erwerber es durch Rechtsgeschäft erwirbt, es als bestehend gilt, auch wenn es tatsächlich nicht besteht; vielmehr entzieht umgekehrt der Widerspruch dem betroffenen Rechte diese sonst zu seinen Gunsten geltende Fiktion. — Nicht also ist die Folge des Widerspruchs, daß das gesicherte Recht hinsichtlich rechtsgeschäftlichen Erwerbs (§ 892 Abs 1 Satz 1) oder nach Maßgabe des § 893 (z. B. wird der Leistungspflichtige, der an den Widerspruchsberechtigten gutgläubig leistet, wenn dessen Recht tatsächlich nicht besteht, nicht befreit) **unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs** steht (vgl. KGJ 20 A 217; 21 A 288; 26 A 79; OLG 7, 377); sondern, daß dem betroffenen Rechte nicht mehr dieser Glaube beiwohnt. Wenn daher z. B. das für den (angeblich) Nichtberechtigten eingetragene Recht (z. B. das Eigentum, eine Hypothek) von dem Widerspruchsberechtigten als sein Recht in Anspruch genommen wird, so wird die Rechtslage eines Dritten, der etwa auf das nämliche Recht ebenfalls Anspruch erhebt, gegenüber dem ersten Rechtsbewerber (Prätendenten) durch die Widerspruchseintragung als solche nicht beeinträchtigt; denn es kommt immer darauf an, ob das gesicherte Recht besteht oder nicht, und es macht keinen Unterschied, ob das gesicherte Recht in der Hand des Widerspruchsberechtigten bleibt oder ob es, sofern dies ohne Eintragung überhaupt möglich ist, inzwischen von einem andern erworben ist. Gleiches würde z. B. auch dann, wenn für ein außerhalb des Grundbuchs bestehendes begrenztes Recht am Grundstücke (z. B. für eine zu Unrecht gelöschte Hypothek) ein Widerspruch eingetragen wäre, hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Widerspruchsberechtigten und demjenigen gelten, der, falls das gesicherte Recht endgültig eingetragen wäre, wegen Beeinträchtigung durch dieses (angeblich) nicht bestehende Recht (z. B. als nachstehender Hypothekengläubiger wegen der Rangverschlechterung, s. § 894 A 2) einen Widerspruch gegen das Recht eintragen lassen könnte. Im ersteren Falle muß der Dritte, der sein Recht sichern will, gleichfalls gegen das schon durch den (ersten) Widerspruch betroffene Recht einen Widerspruch eintragen lassen, und in beiden Fällen muß es dem Beeinträchtigten überlassen bleiben, die Beseitigung der Widerspruchseintragung wegen Nichtbestehens des durch den bzw. den ersten Widerspruch gesicherten Rechtes im Klagewege herbeizuführen. — Diese Klage ist zwar nicht eine persönliche, sondern eine dingliche; sie ist aber nicht eine Berichtigungsklage aus § 894, da eben, auch wenn die Widerspruchseintragung wegen Nichtbestehens des gesicherten Rechtes unrichtig ist, das Grundbuch doch nicht „in Ansehung eines Rechtes oder einer Verfügungsbeschränkung" unrichtig ist. Vielmehr ist die Klage ebenso wie die Klage auf Beseitigung einer das Eigentum oder ein sonstiges Recht am Grundstücke beeinträchtigenden Vormerkung als eine negatorische aufzufassen. Vgl. hierüber § 883 A 8 „Aufhebung", § 886 A 2, 3.

Darüber, daß auch **gegen eine Vormerkung ein Widerspruch nicht zulässig** ist, vgl. § 883 A 8 „Widerspruch". Zu dem dort Bemerkten ist noch folgendes hinzuzufügen: Die Vormerkung dient nicht, wie der Widerspruch, zum Schutze eines dinglichen Rechtes, sondern zum Schutze eines persönlichen Anspruchs auf Einräumung, Aufhebung oder Änderung des Inhalts oder Ranges eines Rechtes (§ 883 Abs 1 Satz 1; s. § 883 A 2, 8). Wird daher bezüglich des schuldrechtlichen Rechtes, auf das sich der vorgemerkte Anspruch (z. B. auf Auflassung oder auf Einräumung einer Hypothek) gründet, von einem andern geltend gemacht, daß es ihm zustehe, so kann von einer Widerspruchseintragung gegen die Vormerkung für den Rechtsbewerber (Prätendenten) schon deshalb keine Rede sein, weil eben der Widerspruch nur zum Schutze eines dinglichen Rechtes am Grundstücke oder an einem das Grundstück belastenden Rechte dient; das Recht auf ein schuldrechtliches Recht ist kein solches Recht. Wenn aber auch von einem

durch die Vormerkungseintragung Beeinträchtigten (z. B. bei der Hypothekvormerkung von dem Eigentümer oder von einem nachstehenden Hypothekengläubiger) geltend gemacht wird, daß der vorgemerkte Anspruch überhaupt nicht bestehe, ist für eine Widerspruchseintragung zugunsten des Beeinträchtigten kein Raum, weil, auch wenn der vorgemerkte Anspruch nicht besteht, doch das Grundbuch nicht, wie nach § 894 erforderlich ist, „in Ansehung eines Rechtes oder einer Verfügungsbeschränkung" unrichtig ist; denn die Vormerkung ist ebenfalls weder ein Recht noch eine Verfügungsbeschränkung (s. § 883 A 8, 11). Der Beeinträchtigte ist auch eines Schutzes durch einen Widerspruch, der verhindert, daß das von ihm betroffene, zwar eingetragene, aber tatsächlich nicht bestehende Recht zufolge gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbs als bestehend gilt, nicht bedürftig, weil der Erwerb an einem vorgemerkten Anspruche nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt wird (s. § 883 A 8 „öffentlicher Glaube des Grundbuchs"). Selbst wenn ein Dritter den vorgemerkten Anspruch inzwischen erworben hat (vgl. § 894 A 1 Abs 6), kommt es immer darauf an, ob der Anspruch tatsächlich besteht oder nicht. Dem Beeinträchtigten muß es auch hier überlassen bleiben, die Vormerkung wegen Nichtbestehens des vorgemerkten Anspruchs im Wege der negatorischen Klage zur Löschung zu bringen.

Dagegen ist ein **Widerspruch gegen eine Verfügungsbeschränkung zulässig** (str.; vgl. OLG 12, 167; a. M. KGJ 26 A 77). Denn nach § 899 Abs 1 kann ein Widerspruch in allen Fällen des § 894 eingetragen werden und zu diesen gehört auch der Fall, daß der Inhalt des Grundbuchs „in Ansehung einer Verfügungsbeschränkung der im § 892 Abs 1 bezeichneten Art" mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht. Nach § 22 Abs 1 Satz 2 GBO gilt auch die Vorschrift des Abs 1 Satz 1 bezüglich Berichtigung des Grundbuchs „insbesondere für die Eintragung oder Löschung einer Verfügungsbeschränkung". So kann z. B. das (angeblich) bestehende, den Vorerben beschränkende Recht des Nacherben (§ 2113) oder das Recht auf Beseitigung einer (angeblich) nicht bestehenden, einem eingetragenen Rechte beigefügten Bedingung durch Widerspruch gesichert werden (s. § 892 A 11, 12). Soweit freilich Verfügungsbeschränkungen, wie dies bei behördlichen Veräußerungsverboten des § 136 meistens der Fall ist (s. § 892 A 12), auf Ersuchen einer Behörde eingetragen werden, wird eine Berichtigung im Sinne des § 894 BGB und des § 22 GBO wohl kaum in Frage kommen können, da die Eintragung wie die Löschung auf das maßgebende Ersuchen hin erfolgt (vgl. §§ 19, 20, 130 ZVG; §§ 106, 113, 114 KO).

Die Eintragung des Widerspruchs hat zwar zur Voraussetzung, daß ein Fall des § 894 vorliegt, und diese Voraussetzung ist erst mit der Vornahme der die Unrichtigkeit des Grundbuchs bewirkenden Eintragung der Rechtsänderung gegeben. Dies schließt jedoch nicht aus, daß die Eintragung des Widerspruchs schon vorher beantragt und dann gleichzeitig mit der (unrichtigen) Eintragung der Rechtsänderung vorgenommen wird (OLG 26, 7). Das ist besonders von Bedeutung, wenn dem Widersprechenden kein Rechtsbehelf zur Seite steht, die (unrichtige) Eintragung der Rechtsänderung zu verhindern (vgl. OLG 26, 6). — **Hat an dem** (angeblich) nicht bestehenden **eingetragenen Rechte bereits ein rechtsgeschäftlicher Erwerb stattgefunden,** so daß das Recht gemäß § 892 Abs 1 Satz 1 nun als bestehend gilt, jedoch nur zugunsten des Erwerbers und ferner nur, wenn dieser gutgläubig ist, so fragt es sich, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen die Eintragung eines Widerspruchs noch zulässig ist. Ist das Recht auf den Erwerber vollständig übertragen (z. B. das Eigentum an einer auf dem Grundbuchblatt irrtümlich eingetragenen Parzelle oder eine Hypothek), so kann der Widerspruch, gleichviel, ob das zu sichernde Recht ebenfalls jenes Recht im vollen Umfange begreift, oder ob es nur auf eine Belastung des Rechtes (z. B. auf Belastung des Eigentums durch eine zu Unrecht gelöschte Hypothek, oder auf Belastung einer Hypothek durch Pfandrecht) gerichtet ist, nur gegen den Erwerber eingetragen werden; denn er ist der gegenwärtige eingetragene Inhaber des Rechtes, nur er wird im Sinne des § 894 nach dem Inhalte des Grundbuchs von der mit dem Widerspruche verfolgten Berichtigung des Grundbuchs betroffen und die Möglichkeit, daß etwa künftig der frühere Inhaber das Recht zurückerlangt, oder sonst die Berechtigung des Erwerbers fortfällt, muß für die Frage, ob gegenwärtig ein Widerspruch eingetragen werden kann, außer Betracht bleiben (vgl. jedoch RG 65, 101; RJA 6, 243; 11, 131). Zu einer solchen Widerspruchseintragung aber kann der zu Schützende nach § 899, falls nicht etwa der Erwerber freiwillig die Eintragung bewilligt, nur gelangen, wenn er zur Begründung des zu stellenden Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung glaubhaft macht (s. A 3; wenn er ein vollstreckbares Urteil gemäß § 895 ZPO erlangen will, müßte er beweisen), daß sein Recht bestand und noch besteht, dagegen das Recht des früher Eingetragenen nicht bestand, bzw. belastet war, und ferner, daß der Erwerber zur Zeit des Erwerbs davon Kenntnis hatte (vgl. RJA 6, 244; 7, 73; 11, 131). — Hat der Erwerb nur eine Belastung des Rechtes zum Gegenstande und begreift das zu sichernde Recht jenes Recht in vollem Umfange (z. B. der zu Schützende will der wahre Eigentümer gegenüber dem eine Hypothek für den Erwerber bestellenden Nichteigentümer sein), oder soll es von jenem Rechte frei sein (z. B. der zu schützende Eigentümer macht die

Richtigkeit der Hypothek geltend, an der dem Erwerber ein Pfandrecht bestellt ist), so kann zunächst gegen den noch eingetragenen Inhaber jenes Rechtes ein Widerspruch lediglich unter Glaubhaftmachung des Nichtbestehens des eingetragenen Rechtes zur Eintragung gebracht werden. Soll aber das zu sichernde Recht auch gegenüber dem Erwerber des belastenden Rechtes geschützt sein, so muß auch gegen diesen eine Widerspruchseintragung veranlaßt werden, und zwar dann unter Glaubhaftmachung auch der fraglichen Kenntnis.

Da die Wirkung des Widerspruchs, abgesehen von der der §§ 900, 902, 927, sich darin erschöpft, daß der, sei es auch gutgläubige, rechtsgeschäftliche Erwerber des betroffenen Rechtes das diesem entgegenstehende oder es beschränkende gesicherte Recht, sofern es nur wirklich besteht, gegen sich gelten lassen muß, so ist der Widerspruch als solcher nur von Bedeutung auf der einen Seite für den eingetragenen Inhaber des betroffenen Rechtes, indem seine Verfügung über sein Recht das gesicherte Recht nicht beseitigen oder einschränken kann, sowie für den etwaigen Erwerber des betroffenen Rechtes, und auf der andern Seite für den Inhaber des gesicherten Rechtes. Im übrigen **erfährt das gesicherte Recht durch die Widerspruchseintragung eine Verstärkung oder Erweiterung nicht,** wie auch nicht dadurch, daß dem Erwerber das Recht bekannt ist (vgl. KGJ 26 A 253), und erlangen **andere als der Geschützte** auf Grund der Widerspruchseintragung **keinerlei Rechte oder Sicherungen.** Nach ersterer Richtung muß der Geschützte im Falle des Bestreitens sein Recht nach wie vor beweisen, und er gilt nicht als der eingetragene Berechtigte, der z. B., wenn das gesicherte Recht das Eigentum betrifft, zur Auflassung legitimiert ist oder zur Löschung von Hypotheken gemäß § 27 GBO seine Zustimmung zu erteilen hat (vgl. KGJ 26 A 250). Nach der letzteren Richtung können insbesondere andere, sei es eingetragene, sei es nicht eingetragene Realberechtigte, auch wenn ihnen ihrerseits ein dem betroffenen Rechte entgegenstehendes oder es einschränkendes Recht zusteht, sich nicht auf den für den Geschützten eingetragenen Widerspruch berufen (str.). Vielmehr müssen sie, wenn sie gegen einen rechtsgeschäftlichen Erwerb geschützt sein wollen, wegen ihres dem betroffenen Rechte ebenfalls entgegenstehenden oder es beschränkenden Rechtes einen besonderen Widerspruch zur Eintragung bringen (so z. B. ist, wenn der Eigentümer wegen unrechtmäßiger Belastung seines Eigentums durch eine nicht bestehende Hypothek gegen diese einen Widerspruch hat eintragen lassen, nur er geschützt; nachstehende Hypothekengläubiger müssen wegen ihrer Rangverschlechterung einen besonderen Widerspruch für ihr Recht auf Beseitigung der sie beeinträchtigenden Hypothek eintragen lassen, wenn sie gegen einen rechtsgeschäftlichen Erwerb geschützt sein wollen). Jedoch wird, wenn bei dem betroffenen Rechte ein Widerspruch zugunsten eines von mehreren dadurch Beeinträchtigten eingetragen ist, daraus unter Umständen ein Beweis dafür zu entnehmen sein, daß der Erwerber des betroffenen Rechtes das Nichtbestehen des Rechtes gekannt hat, und insofern kann daher der Widerspruch auch für die anderen Beeinträchtigten von Bedeutung sein. — Das durch den Widerspruch gewährte Schutzrecht kann auch für sich allein nicht an einen andern übertragen noch für einen andern gepfändet werden; vielmehr ist es nur zugleich mit dem zugrunde liegenden dinglichen Rechte übertragbar und pfändbar, da es mit diesem in unlöslichem Zusammenhang steht (KGJ 47, 177).

Hat **nach Eintragung des Widerspruchs ein anderer** als der eingetragene Inhaber, sei es durch Rechtsgeschäft, sei es auf anderem Wege (s. § 892 A 4), **das betroffene Recht,** oder ein dieses Recht belastendes Recht **erworben,** so kann der Widerspruchsberechtigte unter Nachweis seines Rechtes die Herstellung des seinem Recht entsprechenden Inhalts von dem Passivbeteiligten verlangen, also je nach Lage des Falles Beseitigung des Rechtes aus dem Grundbuch von dem gegenwärtigen Inhaber (z. B. der nachstehende Hypothekengläubiger Beseitigung einer nicht bestehenden Hypothek von deren Erwerber) bzw. von dem ursprünglichen Inhaber und von dem Erwerber einer Belastung an dem Rechte (z. B. der Eigentümer die Beseitigung einer nicht bestehenden Hypothek von dem Gläubiger und von dem Erwerber eines Pfandrechts daran); oder die endgültige unbeschränkte Eintragung seines Rechtes von dem gegenwärtigen Inhaber des betroffenen Rechtes (z. B. derjenige, dem in Wirklichkeit eine für einen andern eingetragene Hypothek zusteht, seine Eintragung als Gläubiger von dem Erwerber der Hypothek) bzw. von dem ursprünglichen Inhaber und von dem Erwerber einer Belastung an dem Rechte (z. B. der wahre Eigentümer von dem Bucheigentümer und von dem, der vom Bucheigentümer eine Hypothek bestellt erhalten hat, die Eintragung seines Eigentums frei von der Hypothek, oder derjenige, dessen Hypothek zu Unrecht gelöscht ist, von dem Eigentümer und von dem Gläubiger einer nachher eingetragenen Hypothek die Eintragung der Hypothek mit dem Range vor letzterer Hypothek). — Ist zur Zeit des Erwerbs von dem Widerspruchsberechtigten wegen seines Rechtes bereits Klage gegen den Inhaber des betroffenen Rechtes erhoben, so kommen die Vorschriften der §§ 265, 266, 325 ZPO über die Wirkungen der Rechtshängigkeit gegenüber dem Erwerber zur Anwendung (vgl. **RG** 79, 165). — Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Widerspruchsverpflichteten wird das gesicherte Recht des Widerspruchsberechtigten, sofern es nur besteht, gemäß § 43 KO nicht berührt. — Im Falle der Zwangsversteigerung

ist das durch Widerspruch gesicherte Recht (z. B. eine zu Unrecht gelöschte Hypothek oder das wahre Eigentum des Nichteingetragenen) gemäß § 48 ZVG hinsichtlich der Feststellung des geringsten Gebots wie ein eingetragenes Recht zu berücksichtigen, also ein zu Unrecht gelöschtes Recht auch mit dem bisherigen Range, soweit dem nicht etwa ein in der Zwischenzeit bis zur Eintragung des Widerspruchs erfolgter gutgläubiger Rechtserwerb Dritter entgegensteht (vgl. KGJ 47, 214). Auch sonst hat hier der Widerspruch die gleichen Wirkungen wie eine Vormerkung. Vgl. hierüber § 883 A 12. Insbesondere hindert der Widerspruch für sich allein, auch wenn er das Eigentum des zur Zwangsversteigerung stehenden Grundstücks betrifft, nicht die Zwangsversteigerung. Eine solche Wirkung ist ihm, der auch einen rechtsgeschäftlichen Erwerb des betroffenen Rechtes nicht hindert, vom Gesetze nicht beigelegt. Ein „aus dem Grundbuche ersichtliches Recht, das der Zwangsversteigerung entgegensteht", im Sinne des § 28 ZVG ist der auf das Eigentum gerichtete Widerspruch als solcher nicht. Er ist weder selbst ein eingetragenes Recht, noch ist durch das Gesetz bestimmt, daß zufolge der Widerspruchseintragung ein auf das Eigentum gerichtetes, nicht eingetragenes Eigentumsrecht mit der Wirkung als eingetragen gelten soll, daß es der Zwangsversteigerung entgegensteht (str.). Der Widerspruchsberechtigte kann nur auf Grund des gesicherten Rechtes, wenn es wirklich besteht, nicht auf Grund des Widerspruchs als solchen, gemäß §§ 771 ff. ZPO die Aufhebung der Zwangsversteigerung herbeiführen. Der Widerspruch ist in dieser Hinsicht nur insofern von Bedeutung, als daraus zu entnehmen ist, ob das geschützte Recht dem betreibenden Gläubiger vorgeht oder ihm nachsteht; denn nur, wenn ersteres der Fall ist, kann die genannte Klage mit Erfolg erhoben werden.

Auf die Form und die Voraussetzungen einer **Übertragung des gesicherten Rechtes** für sich allein, die nur bei solchen Rechten, die zur Eintragung gelangen sollen, nicht bei solchen, die nur auf Beseitigung eines eingetragenen Rechtes gerichtet sind, in Frage kommen kann, hat die Widerspruchseintragung keinen Einfluß. Da nach § 873 zur Übertragung eines Rechtes am Grundstücke oder eines Rechtes an einem solchen Rechte außer der Einigung (im Falle der Eigentumsübertragung gemäß § 925 Auflassung) regelmäßig die Eintragung (bezüglich der Pfändung vgl. §§ 830, 857 ZPO) erforderlich ist, wird eine Übertragung in der Regel erst nach oder gleichzeitig mit der endgültigen Eintragung des Rechtes möglich sein. Vgl. über Abtretung und Pfändung des Berichtigungsanspruchs § 894 A 2; und über deren Erstreckung auf den für das geschützte Recht eingetragenen Widerspruch vgl. KGJ 36 A 178; OLG 2, 153. — Die **endgültige Eintragung** eines gesicherten Rechtes, das auf Eintragung gerichtet ist, oder die endgültige Löschung des eingetragenen Rechtes, dessen Beseitigung das gesicherte Recht zum Ziele hat, erfolgt auf Grund der freiwillig erklärten oder gemäß § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil ersetzten Bewilligung des durch die Widerspruchseintragung Betroffenen. Hat das gesicherte Recht das Eigentum zum Gegenstande, so bedarf es einer Auflassung nicht, da es sich um Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des wahren Eigentümers, nicht um eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums handelt. Ist ein Recht auf Eintragung einer Belastung des Grundstücks gesichert, so erfolgt die endgültige Eintragung mit dem Range, der sich aus dem Zeitpunkte seiner Entstehung ergibt, sofern es ein Recht ist, das noch nicht eingetragen war und auch zur Entstehung der Eintragung nicht bedurfte, und zwar auch dann, wenn vor Eintragung des Widerspruchs ein Rechtserwerb im guten Glauben stattgefunden hat (vgl. hierüber § 879 A 3). War das Recht ein der Eintragung bedürfendes und demgemäß auch eingetragen worden, ist es demnächst aber zu Unrecht gelöscht worden, so behält es seinen früheren Rang; jedoch gehen ihm diejenigen Rechte am Grundstücke, die inzwischen gutgläubig erworben sind (sei es durch Übertragung oder durch Neubelastung), im Range vor, soweit es nicht durch einen Widerspruch (gegenüber dem Eigentum oder gegenüber früheren Belastungen) gegen den Erwerb geschützt ist.

Zur Sicherung des gegen ein eingetragenes Recht sich richtenden Anfechtungsanspruchs aus dem Anfechtungsgesetze oder aus §§ 29ff. KO kann ein Widerspruch nicht eingetragen werden, da der Anspruch auf Rückgewähr nicht ein dingliches Recht ist (RG 67, 41; vgl. hierüber § 883 A 2). — Über die Zulässigkeit eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit: des Schiffsregisters, wenn ein Pfandrecht mit Unrecht gelöscht ist, vgl. § 1263 Abs 2; einer Hypothekeintragung auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden, vgl. §§ 1138, 1139, 1157; einer Briefhypothek, als deren eingetragener Gläubiger der gemäß § 1155 legitimierte Besitzer des Briefes gilt, vgl. § 1155. — Gegen eine Widerspruchseintragung ist ebenso, wie gegen eine Vormerkung, eine Beschwerde zulässig, weil sie nicht eine Eintragung im Sinne des § 71 Abs 2 GBO ist. Vgl. hierüber § 883 A 8 „Beschwerde" und RJA 4, 48; KGJ 23 A 133; OLG 7, 377.

2. Die **Eintragung des Widerspruchs** erfolgt in Preußen nach Maßgabe des § 14 der AVf v. 20. 11. 99 in Abt III, wenn er auf Eintragung eines hypothekarischen Rechtes, in Abt II, wenn er auf Eintragung eines andern begrenzten Rechtes oder des Eigentums gerichtet ist, und in Spalte Veränderungen bei dem betroffenen Rechte, wenn er die Aufhebung des Rechtes

oder einen Gläubigerwechsel zum Gegenstande hat. § 6 Satz 1 GBO (Abschreibung im Falle der Belastung eines Grundstücksteils) findet auf Widersprüche ebensowenig wie auf Vormerkungen Anwendung (vgl. hierüber § 883 A 9). — Bei der Eintragung kann nicht zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Rechtes auf die Unterlagen (Eintragungsbewilligung, einstweilige Verfügung, vollstreckbares Urteil gemäß § 895 ZPO) Bezug genommen werden. Das Gesetz hat dies nicht, wie für die Eintragung einer Rechtsänderung (§§ 874, 877) und einer Vormerkung (§ 885 Abs 2), gestattet (vgl. KGJ 23 A 134; 47, 212). Wo das Gesetz eine Bezugnahme nicht ausdrücklich zuläßt, muß der Eintragungsvermerk alles enthalten, woraus das Wesen, der Inhalt und Umfang des Einzutragenden für jeden ersichtlich ist. Da der Widerspruch zur Sicherung eines dinglichen Rechtes für dessen Inhaber gegenüber einem entgegenstehenden oder es beschränkenden eingetragenen Rechte dient, muß der Widerspruchsvermerk das geschützte dingliche Recht seinem Rechtsgrunde nach bezeichnen, den Namen des Inhabers angeben und auf das betroffene Recht hinweisen (OLG 4, 322; 8, 109; 9, 342; 10, 80; 12, 166; KGJ 23 A 133; 36 A 180; 45, 231; 47, 212; vgl. hierüber § 892 A 9). Fehlt es an solchen Angaben im Eintragungsvermerk, ist insbesondere der Widerspruchsberechtigte nicht genannt, so ist die Widerspruchseintragung rechtsunwirksam und auch im Sinne des § 54 Abs 1 Satz 2 GBO inhaltlich unzulässig (KGJ 23 A 133; 45, 231; 45, 256; 47, 212). Das Wort „Widerspruch" braucht in dem Eintragungsvermerk nicht unbedingt enthalten zu sein; auch schadet eine Eintragung an falscher Stelle nicht; ebensowenig die falsche Bezeichnung der Eintragung als Vormerkung. Nur muß immer aus dem Vermerke hervorgehen, daß es sich um den Schutz eines bestimmten dinglichen Rechtes gegenüber einem eingetragenen Rechte handelt (**RG** 55, 243; JW 08, 275[11]; RJA 11, 131; s. auch § 883 A 9). — Darüber, wann eine Widerspruchseintragung als vor einem Erwerbe an dem betroffenen Rechte bewirkt anzusehen ist, vgl. § 892 A 9. — Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Betroffenen hindert eine Widerspruchseintragung nicht, da § 14 KO sich auf den Widerspruch nicht bezieht, und der Konkursverwalter, wenn das geschützte dingliche Recht besteht, es nach § 43 KO auch gegenüber der Konkursmasse gelten lassen muß. — Soll der Widerspruch bei einem verbrieften hypothekarischen Rechte eingetragen werden, so ist nach §§ 42 Abs 1 Satz 1, 43 Satz 1, 62 GBO der Brief vorzulegen, sofern nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 42 Abs 1 Satz 2, 43 Satz 2, 54 Abs 2 GBO gegeben ist (RJA 6, 243; 7, 60; KGJ 31 A 371; OLG 2, 59; 2, 243). Gemäß § 1140 Satz 2 steht auch ein aus dem Briefe oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgehender Widerspruch einem im Grundbuche eingetragenen Widerspruche gleich. — Abgesehen hiervon muß der Widerspruch eingetragen sein, wenn er Wirkung haben soll. Ist der Widerspruch gelöscht, sei es auch zu Unrecht, so verliert er für sich jede Kraft (vgl. § 894 A 1d), selbst gegenüber demjenigen, der in Kenntnis von der unrechtmäßigen Löschung ein Recht an dem betroffenen Rechte durch Rechtsgeschäft erworben hat; nur die Kenntnis von dem geschützt gewesenen dinglichen Rechte selbst schadet nach § 892 Abs 1 Satz 1 dem Erwerber. Da der Widerspruch mit der Löschung erlischt, wird das Grundbuch, auch wenn die Löschung zu Unrecht erfolgt ist, nicht im Sinne des § 894 unrichtig; deshalb kann auch nicht gemäß § 54 Abs 1 Satz 2 GBO ein Widerspruch gegen die unrechtmäßige Löschung des Widerspruchs eingetragen werden (KGJ 49, 181). Damit das Recht wieder geschützt wird, muß der Widerspruch nach Maßgabe des § 899 Abs 2 von neuem eingetragen werden. Vgl. § 886 A 3 („zu Unrecht gelöschte Vormerkung").

3. Wegen der **einstweiligen Verfügung** und der **Eintragungsbewilligung**, auf Grund deren die Widerspruchseintragung erfolgt, vgl. die hier entsprechend geltenden Bemerkungen bezüglich der Vormerkung in § 885 A 1, 2. Jedoch hindert der Konkurs über das Vermögen des Verpflichteten nicht, wie bei der Vormerkung (§ 14 KO), die Eintragung eines Widerspruchs (s. A 2). — Die Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO) der Gefährdung des zu sichernden Rechtes ist zur Erlassung der einstweiligen Verfügung nach § 899 Abs 2 Satz 2 nicht erforderlich. Wohl aber muß das Bestehen des dinglichen Rechtes glaubhaft gemacht werden. — Die einstweilige Verfügung muß gegen einen bestimmten Gegner erlassen werden (s. A 2; OLG 7, 60; 8, 109; 8, 110; KGJ 31 A 371). Über die Voraussetzungen, unter denen im Falle eines vor Eintragung des Widerspruchs stattgehabten Erwerbs an dem betroffenen Rechte die Erlassung der einstweiligen Verfügung zulässig ist, vgl. A 1 „nach Eintragung des Widerspruches erworben". — Nach § 895 ZPO kann auch auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils, wodurch der Inhaber des eingetragenen Rechtes, gegen das ein dingliches Recht besteht, zur Bewilligung der dem letzteren Rechte entsprechenden Eintragung oder Löschung verurteilt worden ist, ein Widerspruch eingetragen werden. — Auf anderen Grundlagen aber, als den vorbezeichneten, kann nach dem Wortlaute des § 899 Abs 2 („die Eintragung des Widerspruchs erfolgt") und des § 895 ZPO ein Widerspruch nicht eingetragen werden. Daher auch nicht, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich des eingetragenen Rechtes, gegen das der Widerspruch sich richten soll, gemäß § 22 GBO nachgewiesen wird, auf einseitigen Antrag des Gefährdeten. Es bedarf hier auch eines Wider-

spruchs nicht, da zufolge des in dem Nachweise der Unrichtigkeit des Grundbuchs enthaltenen Nachweises des zu schützenden dinglichen Rechtes die diesem entsprechende Eintragung oder Löschung selbst vollzogen werden kann (str., vgl. OLG 2, 59). — Jedoch ergeben **Sonderbestimmungen** Ausnahmen von der Regel. Im Falle des § 1139 (Widerspruch gegen eine Darlehnsbuchhypothek wegen fehlender Zahlung des Darlehns) genügt zur Eintragung des Widerspruchs der von dem Eigentümer an das Grundbuchamt gerichtete Antrag. Ferner ist nach § 54 Abs 1 Satz 1 GBO, wenn sich ergibt, daß das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine, die Unrichtigkeit des Grundbuchs verursachende Eintragung vorgenommen hat, ein **Widerspruch von Amts wegen** oder gemäß § 71 Abs 2 Satz 2 GBO auf Beschwerde einzutragen. Dieser Widerspruch hat die gleiche Wirkung, wie der nach § 899 eingetragene, und der Eintragungsvermerk darüber muß ebenfalls den in A 2 bezeichneten Inhalt haben (vgl. KGJ 23 A 133; 47, 184; RJA 6, 245; 7, 73; 11, 131). Voraussetzung für seine Einschreibung ist, daß durch die Eintragung, gegen die er sich richtet, das Grundbuch unrichtig geworden ist, und ferner, daß die Unrichtigkeit mit der Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift im Zusammenhange steht. Ist der Grundbuchbeamte nach dem zur Zeit der Eintragung vorliegenden Tatbestand richtig verfahren, so kann nicht deswegen, weil etwa der Tatbestand unrichtig oder unvollständig war und daher das Grundbuch unrichtig geworden ist, ein Widerspruch nach § 54 GBO eingetragen werden. Vielmehr muß es den Beteiligten überlassen bleiben, nach § 899 BGB die Eintragung eines Widerspruchs herbeizuführen. Anderseits braucht die Verletzung gesetzlicher Vorschriften nicht auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Grundbuchbeamten zu beruhen (KGJ 40 A 170; 47, 184). — Weiter sind Widerspruchseintragungen von Amts wegen vorgeschrieben bzw. gestattet in § 18 Abs 2 (wenn bei mehreren gleichzeitigen Eintragungsanträgen einem Antrag ein vorläufiges Hindernis entgegensteht, z. B. einem Antrag auf Eintragung einer zu Unrecht gelöschten Hypothek, oder der Abtretung einer Buchhypothek) und in § 76 GBO (Eintragung auf Grund einstweiliger Anordnung des Beschwerdegerichts). Diese Widersprüche haben aber nach ihrem Sinne und Zwecke besondere Wirkungen, wie auch die Vormerkungen, die gemäß den nämlichen Vorschriften eingetragen werden (vgl. hierüber § 892 A 6). Der nach §§ 23, 24 GBO endlich ebenfalls von Amts wegen vor der Löschung eines zeitlich beschränkten Rechtes einzutragende Widerspruch soll nur verhindern, daß das Grundbuch durch Löschung des Rechtes unrichtig wird; er ist daher kein Widerspruch im Sinne des § 899. — Die von Amts wegen eingetragenen Widersprüche der §§ 18, 76 werden gemäß §§ 18 Abs 2 Satz 2, 76 Abs 2 GBO von Amts wegen gelöscht. Im übrigen erfolgt die **Löschung** auf freiwillige oder durch Urteil ersetzte (§ 894 ZPO) Bewilligung des Widerspruchsberechtigten oder auf Grund einer vollstreckbaren Entscheidung, wodurch die der Widerspruchseintragung zugrunde liegende einstweilige Verfügung aufgehoben ist (§ 25 GBO). Vgl. auch § 942 Abs 3 ZPO.

§ 900

[1]) Wer als Eigentümer[2]) eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, ohne daß er das Eigentum erlangt hat[3]), erwirbt das Eigentum[4]), wenn die Eintragung dreißig Jahre bestanden und er während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitze[5]) gehabt hat. Die dreißigjährige Frist wird in derselben Weise berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache. Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch eingetragen ist[6]).

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn für jemand ein ihm nicht zustehendes anderes Recht im Grundbuch eingetragen ist, das zum Besitze des Grundstücks berechtigt oder dessen Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist[7]). Für den Rang des Rechtes ist die Eintragung maßgebend[8]).

E II 815; P 3 192 ff., 307 f., 384 f., 547 f., 785; 4 588 f.

1. Eine **Ersitzung** gegen den Inhalt des Grundbuchs ist dem BGB unbekannt. Ein Nichteingetragener kann, anders wie bei beweglichen Sachen (§§ 937 ff., 1033 ff.), weder Eigentum noch ein begrenztes dingliches Recht an Grundstücken durch Ersitzung erwerben. Nur einen gewissen Ersatz für die Ersitzung bietet hinsichtlich des Eigentums (nicht auch hinsichtlich begrenzter dinglicher Rechte), sowie hinsichtlich des Erbbaurechts (str., s. jedoch jetzt VO v. 15. 1. 19 § 11) und der anderen dem Grundeigentum gleichgestellten Rechte (§ 903 s. A 2) der Erwerb auf Grund Ausschlußurteils gegen den Eigentümer gemäß § 927. Dagegen ist im § 900 zugunsten desjenigen, der als Berechtigter eingetragen, in Wirklichkeit

jedoch nicht Berechtigter ist, die Buchersitzung (Tabularersitzung) des Rechtes, und zwar sowohl des Eigentums wie eines der im Abs 2 genannten begrenzten dinglichen Rechte, zugelassen. Für diese Ersitzung gelten keine weiteren Erfordernisse, als die im Abs 1 aufgeführten. Insbesondere kommt es auf das Vorhandensein eines Erwerbsakts (Titels) ebensowenig an wie auf guten Glauben. Auch wenn der Erwerber von der Unrechtmäßigkeit seiner Eintragung oder seines Besitzes zur Zeit des Eintritts dieser Tatsachen oder doch später Kenntnis gehabt hat, ist die Ersitzung nicht ausgeschlossen. — Ist das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen (Art 186 EG), so bestimmt sich die Ersitzung nach den bisherigen Gesetzen (Art 189 Abs 1 EG). Die bis zur Anlegung des Grundbuchs vollendete Ersitzung behält ihre Kraft auch dann, wenn der Zeitpunkt der Vollendung erst nach dem Inkrafttreten des BGB eingetreten ist. Von dem Zeitpunkte der Grundbuchanlegung ab kann die noch nicht vollendete Ersitzung nicht mehr nach den bisherigen Gesetzen fortgesetzt werden, vielmehr ist gemäß Art 189 Abs 2 nur nach Maßgabe und unter den Voraussetzungen des § 900 und des Art 169 EG die Vollendung möglich (vgl. **RG** Warn 1919 Nr 97: Vollendung der 30 Jahre der Eintragung und des Eigenbesitzes nach Inkrafttreten des BGB, nachdem vorher die dreißigjährige Ersitzung nach gemeinem Recht gegen einen damals noch minderjährigen Miteigentümer begonnen hatte). Danach scheiden hier die von § 900 nicht umfaßten begrenzten dinglichen Rechte (s. A 7) von vornherein aus. Bezüglich der übrigen Rechte müssen in der vorhergehenden Zeit sämtliche Erfordernisse der bisherigen Gesetze (gegebenenfalls auch Titel und guter Glaube), abgesehen von dem Fristablauf, für die Ersitzung vorgelegen haben und ferner muß der Besitzer bei der Grundbuchanlegung (oder in dem Zeitpunkte, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist) als der Berechtigte eingetragen sein oder werden. Dann setzt sich die Ersitzung als Buchersitzung fort und wird auf die dreißigjährige Frist des § 900 Abs 1 die frühere Besitzzeit angerechnet. Wird aber der Besitzer erst später als Berechtigter eingetragen, so findet eine Fortsetzung der Ersitzung überhaupt nicht statt, sondern kann nur eine neue Buchersitzung gemäß § 900 vom Zeitpunkte der Eintragung ab beginnen.

2. Die **Buchersitzung des Eigentümers** gilt entsprechend auch für den eingetragenen Inhaber eines Erbbaurechts (§ 1017, VO v. 15. 1. 19 § 11) oder eines andern Rechtes mit Grundstücksnatur (s. § 903 A 2). — Eine Vormerkung auf Übertragung des Eigentums ist keine Eigentumseintragung.

3. Der Fall, daß der Besitzer trotz der Eintragung **Eigentum nicht erlangt hat,** liegt z. B. vor, wenn die Einigung über die Übertragung des Eigentums an den Besitzer (§§ 873 Abs 1, 925) nichtig (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten) oder anfechtbar und angefochten ist, oder wenn der Besitzer auf Grund eines rechtsungültigen Testaments des verstorbenen Eigentümers sich für dessen Erben gehalten hat.

4. Das **Eigentum** wird so **erworben,** wie wenn die Eintragung rechtmäßig erfolgt wäre. Stimmen Eintragung und Besitz hinsichtlich des Umfangs nicht überein, so tritt Eigentumserwerb nur insoweit ein, als beide sich decken, da nur in diesem Umfange die beiden Voraussetzungen für den Erwerb zusammentreffen. Das Eigentum des bisherigen Eigentümers ist beseitigt und sein Eigentumsanspruch ist gemäß §§ 194, 195 verjährt.

5. **Eigenbesitzer** ist, wer das Grundstück als ihm gehörend besitzt (§ 872). Auch mittelbarer Besitz (z. B. durch einen Nießbraucher, Pächter, § 868) genügt (**RG** Gruch 44, 865).

6. Auf die **Berechnung der dreißigjährigen Frist** finden die §§ 938 ff. Anwendung. Die Frage, ob und mit welcher Wirkung die Ersitzung gehemmt ist, bestimmt sich nach Abs. 1 Satz 3 § 900 (Hemmung durch einen gemäß § 899 eingetragenen Widerspruch bis zu dessen Löschung) und §§ 202—207 in Verbindung mit § 939. Für die Frage der Unterbrechung sind die §§ 940, 941 maßgebend. Nach §§ 943, 944 kommt dem Ersitzenden die Ersitzungszeit des Rechtsvorgängers zustatten und, wenn er Erbe eines als Eigentümer Eingetragenen ist, die Ersitzungszeit eines etwaigen Erbschaftsbesitzers (§§ 2018, 2030), gleichviel ob dieser als Eigentümer eingetragen war oder nicht.

7. Als nach Abs. 2 **ersitzungsfähige andere Rechte** kommen in Betracht hinsichtlich der Berechtigung zum Besitze des Grundstücks: Nießbrauch (§ 1036 Abs 1), Wohnungsrecht (§§ 1093 Abs 1 Satz 2, 1036) und die in Artt 63, 68 EG bezeichneten Rechte; und hinsichtlich des Schutzes der Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften: Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (§§ 1027, 1029, 1090 Abs. 2). Erforderlich ist zur Ersitzung, daß während 30 Jahren in den ersteren Fällen das Grundstück besessen, in den zweiten Fällen die den Besitz ersetzende (§ 1029) Ausübung der Dienstbarkeiten an dem Grundstücke stattgefunden hat. Ob letzteres der Fall gewesen, ist Tatfrage. Die Erfordernisse für den Besitzschutz (Ausübung der Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, § 1029) kommen in dieser Hinsicht nicht in Betracht; die hierauf bezüglichen Worte in Abs 2 Satz 1 dienen nur zur Bezeichnung der betreffenden ersitzungsfähigen Rechte (str.). § 938 (Vermutung für den Besitz in der Zwischenzeit vom Anfang bis zum Ende der Frist) findet auch hier Anwendung. — Die anderen begrenzten Rechte, wie Vorkaufsrecht, Reallast, Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, können nicht ersessen werden.

8. Abs 2 Satz 2 entspricht dem § 879 Abs 2. Der danach maßgebende **Rang** der Eintragung bestimmt sich gemäß § 879 Abs 1. Die Dienstbarkeit (s. A 7) geht auch allen Rechten, die während des dreißigjährigen Zeitraums eingetragen worden sind, im Range vor.

§ 901

Ist ein Recht an einem fremden Grundstück im Grundbuche mit Unrecht gelöscht[1]), so erlischt es[2]), wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer[3]) verjährt ist[4]). Das gleiche gilt, wenn ein kraft Gesetzes entstandenes Recht an einem fremden Grundstücke nicht in das Grundbuch eingetragen worden ist[5]).

E II 816; P 3 327, 412 f., 620, 738; 4 588.

1. Darüber, daß ein begrenztes dingliches **Recht an einem fremden Grundstück** (für Eigentum gilt § 901 nicht, sondern §§ 900, 927), wie Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Reallasten, hypothekarische Rechte, zufolge **unrechtmäßiger Löschung** nicht erlischt, dem bisher eingetragenen Berechtigten aber eine (widerlegbare) Vermutung für das Nichtbestehen des gelöschten Rechtes entgegensteht (§ 891 Abs 2) und das Bestehen des Rechtes trotz der Löschung gegenüber dem gutgläubigen Erwerber eines dem gelöschten Rechte entgegenstehenden Rechtes keine Wirkung hat (§ 892), vgl. § 891 A 6.

2. Ausnahmsweise bestimmt § 901, um die Richtigkeit des Grundbuchs herbeizuführen (s. § 891 A 6), als rechtliche Folge der Verjährung des dinglichen Anspruchs aus dem dinglichen Rechte, daß das **Recht selbst erlischt.** Sonst bewirkt die Verjährung des Anspruchs nach § 222 Abs 1 nicht die Aufhebung des Rechtes, sondern gewährt nur eine den Anspruch dauernd ausschließende (rechtszerstörende, s. § 886 A 2) Einrede, weil das gegen alle wirkende dingliche Recht hinausgeht über den aus ihm erwachsenen dinglichen Anspruch, der nur gegen die bestimmte Person, die das Recht beeinträchtigt (vgl. §§ 985, 1004), zur Entstehung gelangt, und daher das Recht selbst durch Erlöschen des Anspruchs unberührt bleibt (s. § 902 A 1). — Eine fernere Ausnahmebestimmung, die sogar im Falle vorliegender Eintragung gilt, geben die §§ 1028, 1090 Abs 2, wonach eine Grunddienstbarkeit oder eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit erlischt, wenn der Anspruch auf Beseitigung einer die Dienstbarkeit beeinträchtigenden Anlage verjährt ist.

3. Der **Anspruch,** dessen Verjährung das Erlöschen des Rechtes zur Folge hat, ist der dingliche Anspruch (§ 194 Abs 1) **des Berechtigten gegen den Eigentümer** auf Herstellung des dem Rechte entsprechenden Zustandes, also bei Dienstbarkeiten auf Duldung der Benutzung des Grundstücks (§§ 1018, 1027, 1030, 1065, 1090), bei einem Vorkaufsrechte auf Anerkennung der Befugnis zur Ausübung des Rechtes (§§ 1094, 1098, 505), bei Reallasten und hypothekarischen Rechten auf Leistungen aus dem Grundstücke (§§ 1105, 1107, 1113, 1147, 1191, 1192, 1199, 1200). — Der Anspruch auf Berichtigung des durch die unrechtmäßige Löschung unrichtig gewordenen Grundbuchs (s. § 891 A 6) gemäß § 894 verjährt nach § 898 an sich nicht. Ist aber das Recht zufolge Verjährung des Anspruchs erloschen, so ist das Grundbuch nunmehr richtig und besteht ein Berichtigungsanspruch nicht.

4. Die Erfordernisse für die **Verjährung** des Anspruchs bestimmen sich nach den §§ 194 ff. Die Verjährung beginnt nicht mit der Löschung des Rechtes. Denn hieraus entsteht nur ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs (s. A 3), nicht der hier gemeinte, in A 3 bezeichnete Anspruch. Erst von dem Zeitpunkte der Entstehung des letzteren Anspruchs, also sobald ein dem Rechte nicht entsprechender Zustand verursacht worden ist (z. B. dem Nießbraucher der Besitz vorenthalten, die Ausübung der Grunddienstbarkeit verweigert, bei Reallasten oder hypothekarischen Rechten der Anspruch auf eine Leistung fällig geworden ist; s. A 3), läuft gemäß § 198 die Verjährung. Ist der Anspruch bereits zu einer Zeit entstanden, als das Recht noch eingetragen war, so kann der Lauf der Frist gemäß § 902 erst mit der Löschung des Rechtes beginnen. Wird das gelöschte Recht wieder eingetragen, so wird eine in Lauf gesetzte Anspruchsverjährung nicht etwa bloß gehemmt oder unterbrochen (§§ 205, 217), sondern rechtlich völlig bedeutungslos, da nach § 902 Abs 1 Ansprüche aus eingetragenen Rechten nicht verjähren. Sollte späterhin das Recht wiederum zu Unrecht gelöscht werden, so könnte nur eine ganz neue Verjährung beginnen (str.). Wird zugunsten des gelöschten Rechtes ein Widerspruch (§ 899) eingetragen, so gilt gemäß § 902 Abs 1, 2 von dem Zeitpunkte der Widerspruchseintragung ab dann gleiches, wenn entsprechend dem Widerspruche demnächst das Recht endgültig wieder eingetragen wird. Wenn dagegen der Widerspruch gelöscht wird (z. B. zufolge Aufhebung der zugrunde liegenden einstweiligen Verfügung), ist es auch hinsichtlich der Verjährung so anzusehen, als ob der Widerspruch niemals eingetragen gewesen sei und ist daher die Verjährung durch die Widerspruchseintragung weder gehemmt noch unterbrochen worden (str.; vgl. § 216 Abs 1). Jedoch kann unter Umständen im Falle einer auf Grund einer Bewilligung

des Anspruchsverpflichteten erfolgten Widerspruchseintragung in der Bewilligung eine die Verjährung nach § 208 unterbrechende Anerkennung des Anspruchs zu finden sein. Wenn aber eine derartige Bewilligung vorliegt, wird es wohl kaum zu einer Beseitigung des Widerspruchs kommen.

5. **Kraft Gesetzes ohne Eintragung entstandene Rechte** an einem fremden Grundstücke, die nach Satz 2, 1 ebenfalls erlöschen, wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer (s. A 3) verjährt ist, sind z. B. der Nießbrauch im Falle des § 1075, die Sicherungshypothek aus § 1287 Satz 2 und aus ZPO § 848 Abs 2 Satz 2 (s. § 873 A 2). Vgl. auch Art 114 EG (landesgesetzliche Ablösungsrenten). Rechte, die nicht eintragungsfähig sind (s. Vorbem 2 vor § 873), gehören nicht hierher, da das Gesetz nur bezweckt, dasjenige, was zulässigerweise im Grundbuch eingetragen ist, mit der wirklichen Rechtslage in Einklang zu bringen (str.). Daher fallen unter § 901 auch die gesetzlichen Überbau- und Notwegrenten nicht, da sie nach §§ 914, 917 Abs 2 nicht eingetragen werden (str.). — Eintragung des Rechtes oder Eintragung eines Widerspruchs zugunsten des nicht eingetragenen Rechtes haben gemäß § 902 Abs 1, 2 bezüglich einer vorher in Lauf gesetzten Verjährung des Anspruchs aus dem Rechte die gleichen Wirkungen wie bei einem zu Unrecht gelöschten Rechte die Wiedereintragung oder die Eintragung eines Widerspruchs (s. A 4).

§ 902

Die Ansprüche aus eingetragenen Rechten unterliegen nicht der Verjährung[1]. Dies gilt nicht für Ansprüche, die auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadensersatz gerichtet sind[2].

Ein Recht, wegen dessen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist, steht einem eingetragenen Rechte gleich[3].

E I 847 II 817; M 3 250 ff.; P 3 117 f.

1. **Daß Ansprüche aus eingetragenen Rechten nicht der Verjährung unterliegen,** enthält eine Ausnahme von der Regel des § 194, wonach alle Ansprüche auf ein Tun oder Unterlassen, also auch dingliche Ansprüche aus dinglichen Rechten, verjährbar sind. Eine Verjährung des Rechtes selbst kommt überhaupt nicht in Frage. Nach dem BGB unterliegen nur die aus den Rechten erwachsenden Ansprüche, nicht die Rechte selbst der Verjährung. Bei den Schuldverhältnissen allerdings erschöpft sich das Recht in dem Anspruche und entfällt daher mit dem Anspruche auch das Recht. Dagegen werden die gegenüber allen (absolut) wirkenden, insbesondere die dinglichen, familien- und erbrechtlichen Rechte durch Verjährung der aus ihnen erwachsenen Ansprüche in ihrem Fortbestande nicht berührt (M 1, 291). Nur ausnahmsweise bewirkt in den Fällen der §§ 901, 1028, 1090 Abs 2 die Verjährung des Anspruchs aus begrenzten dinglichen Rechten das Erlöschen der betreffenden Rechte. Vgl. hierüber § 901 A 2. — Durch § 902 wird auch die Verjährung von Ansprüchen ausgeschlossen, und zwar solcher, die aus eingetragenen Rechten erwachsen sind (abgesehen von den Ausnahmen des Abs 1 Satz 2). Zu diesen gehören nicht nur die Rechte an fremden Grundstücken, die **begrenzten dinglichen Rechte** (s. § 873 A 6, § 901 A 1), sondern auch das **Eigentum**. Während daher z. B. bei beweglichen Sachen das Eigentum fortbestehen, dagegen der Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache gegen den Besitzer (§ 985) verjährt sein kann, ist dieses im Falle des eingetragenen Eigentums ausgeschlossen, da hier auch der Anspruch nicht verjährt. Wegen der aus dem Eigentum erwachsenden Ansprüche vgl. §§ 985 ff., wegen der Ansprüche aus begrenzten dinglichen Rechten, soweit sie gegen den Eigentümer gerichtet sind, vgl. § 901 A 3 und im übrigen §§ 1017, 1027, 1065, 1090 in Verbindung mit § 1004. — Bei der **Hypothek** ist zu unterscheiden zwischen den Ansprüchen aus der Forderung, für die sie bestellt ist, und den Ansprüchen aus dem dinglichen Rechte. Die ersteren sind durch § 194 der Verjährung unterworfen, die letzteren sind nach § 902 unverjährbar. Die Hypothekbestellung hindert ebensowenig wie die Bestellung eines Pfandes die Verjährung des Anspruchs aus der Forderung. Erfolgt jedoch die Hypothekbestellung seitens des Verpflichteten erst nachträglich, so wird dadurch die Verjährung gemäß § 208 unterbrochen. Ist der Anspruch aus der Forderung verjährt, so steht dem Verpflichteten gegenüber einer persönlichen Schuldklage die Einrede aus § 222 Abs 1 zu, während die dingliche Klage aus dem Hypothekenrecht gemäß § 902 nach wie vor unbeschränkt zulässig ist. Aber auch die genannte Einrede aus § 222 Abs 1, das Leistungsverweigerungsrecht, steht dem Verpflichteten gegenüber der persönlichen Schuldklage nur insoweit zu, als der Berechtigte wegen der Forderung aus dem Vermögen des Verpflichteten über das mit der Hypothek belastete Grundstück hinaus Befriedigung suchen will; denn nach § 223 Abs 1 hindert die Verjährung des Anspruchs aus der durch die Hypothek gesicherten Forderung den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen, und insoweit versagt daher das Leistungsverweigerungsrecht des Verpflich-

teten aus § 222 Abs 1 (str.). Deshalb kann auch der Eigentümer nicht etwa gemäß § 1169 wegen Verjährung des persönlichen Anspruchs Verzicht auf die Hypothek verlangen. Verkehrshypothek und Sicherungshypothek stehen in allen diesen Beziehungen gleich, während Grundschulden und Rentenschulden hier nicht in Betracht kommen, weil sie eine Forderung nicht voraussetzen (§§ 1192, 1199). Nach § 223 Abs 3 findet § 223 Abs 1 auf persönliche Ansprüche auf Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen keine Anwendung, so daß es gegenüber diesen Ansprüchen im Falle ihrer Verjährung bei dem allgemeinen Leistungsverweigerungsrecht aus § 222 Abs 1 verbleibt. — Ob die eingetragenen Rechte zur Entstehung der Eintragung bedurften oder ob sie bereits außerhalb des Grundbuchs entstanden und durch die Eintragung nur beurkundet sind, ist gleichgültig; das Gesetz macht hinsichtlich des Ausschlusses der Verjährung keinen Unterschied zwischen rechtsbegründender (konstitutiver) und nur beurkundender (deklarativer) Eintragung (s. Vorbem 3c vor § 873) der Rechte. — Ein vorgemerkter Anspruch (z. B. auf Übertragung des Eigentums, auf Bestellung einer Hypothek) ist durch die Eintragung der Vormerkung der Verjährung nicht entzogen (s. hierüber sowie über die Verjährungsfrist und über die Nichtunterbrechung der Verjährung durch die Vormerkungseintragung § 883 A 8 „Verjährung").

Die **Eintragung** kann die Wirkung des Ausschlusses der Anspruchsverjährung nur dann haben, wenn sie **alle wesentlichen Bestandteile des betreffenden Rechtes** zur Darstellung bringt, da sie andernfalls überhaupt nichtig ist (s. § 873 A 10). Deshalb muß der Eintragungsvermerk insbesondere auch den Berechtigten aufführen. Ist dies geschehen, so ist die Eintragung an sich auch dann wirksam, wenn der als Berechtigter Eingetragene in Wirklichkeit gar kein Recht hat. Die Ansprüche, die ihm etwa aus dem für ihn eingetragenen Rechte trotz der tatsächlichen Nichtberechtigung erwachsen, unterliegen der Verjährung nicht. Das Recht aber desjenigen, der statt des Eingetragenen als Inhaber des eingetragenen Rechtes eingetragen sein sollte, ist in diesem Falle nicht eingetragen. Die aus diesem Rechte erwachsenden Ansprüche sind nicht Ansprüche aus einem eingetragenen Rechte. Es lassen sich eingetragenes Recht, dessen Inhaber und der Anspruchsberechtigte in dieser Hinsicht nicht voneinander trennen. Ansprüche aus eingetragenem Rechte sind nur solche, die einem als Berechtigten Eingetragenen aus seinem eingetragenen Rechte erwachsen. Ansprüche eines mit seinem Rechte nicht Eingetragenen sind Ansprüche aus einem nicht eingetragenen Rechte. Deshalb unterliegt z. B. ein Anspruch aus dem Eigentum desjenigen, dem zwar, entgegen der Eigentumseintragung für einen andern, das Grundstück eigentümlich gehört, dessen Eigentum aber nicht eingetragen ist, der Verjährung (str.). (Hinsichtlich der Unverjährbarkeit des Berichtigungsanspruchs aber auch in diesem Falle vgl. § 898 und A 1 dort). Anders verhält es sich, wenn derjenige, auf den das eingetragene Recht des eingetragenen wirklichen Berechtigten außerhalb des Grundbuchs, sei es zufolge allgemeiner Rechtsnachfolge (z. B Erbschaft, vgl. M 3, 254; Prot 3, 117f.) oder auch im Wege der Sondernachfolge (z. B. Übertragung einer Briefhypothek, § 1154 Abs 1, Übergang einer Hypothek gemäß §§ 1143, 1163, 1164) wirksam übergegangen ist, sich nicht als nunmehriger Inhaber des Rechtes hat eintragen lassen. Dann ist mit dem Rechte auch die Befugnis zur Geltendmachung der aus dem eingetragenen Rechte entstandenen oder künftig entstehenden Ansprüche auf den Erwerber übergegangen und sind die Ansprüche, die er demgemäß geltend macht, Ansprüche des eingetragenen Berechtigten aus dem eingetragenen Rechte, so daß sie trotz Nichteintragung seines Erwerbs der Verjährung nicht unterliegen.

2. Ansprüche auf **Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadensersatz,** die nach Abs 1 Satz 2, wiewohl das dingliche Recht, aus dem sie für den Berechtigten erwachsen sind, eingetragen ist, ausnahmsweise der Verjährung unterliegen, können sich ergeben z. B. hinsichtlich wiederkehrender Leistungen (rückständige Zinsen einer Hypothek, Leistungen aus einer Reallast, Renten aus einer Rentenschuld usw.) nach §§ 1020—1022, 1090, 1105, 1107, 1115, 1118, 1192, 1200, und hinsichtlich der Schadensersatzansprüche nach §§ 823ff., 904, 989—992, 1057, 1065. Wegen der Verjährungsfristen vgl. §§ 195, 197, 852. Zu den wiederkehrenden Leistungen gehören auch die vereinbarten regelmäßigen als Zuschläge zu den Zinsen erscheinenden Amortisationsbeiträge der Hypothekenforderungen (**RG** 54, 93; RJA 3, 137). — Auf das Zinsrecht im ganzen (z. B. bei einer Hypothek) bezieht sich die Vorschrift nicht; dafür gilt vielmehr § 902 Satz 1 (vgl. KGJ 42, 254).

3. Nach Abs 2 wird die Verjährung von **Ansprüchen aus nicht eingetragenen Rechten,** die entweder der Eintragung nicht bedürfen und überhaupt noch nie eingetragen waren oder zwar eingetragen gewesen, aber zu Unrecht gelöscht sind (§ 901), durch **Eintragung eines Widerspruchs** (§ 899) zugunsten der nicht eingetragenen Rechte **gehindert.** Wegen der Frage, welchen Einfluß die Widerspruchseintragung auf eine vorher in Lauf gesetzte Verjährung des Anspruchs aus dem nicht eingetragenen Rechte hat, vgl. § 901 A 4, 5.

Dritter Abschnitt

Eigentum

Erster Titel

Inhalt des Eigentums

§ 903

Der Eigentümer[1]) einer Sache[2]) kann, soweit nicht das Gesetz[3]) oder Rechte Dritter[4]) entgegenstehen[5]), mit der Sache nach Belieben verfahren[6]) und andere von jeder Einwirkung ausschließen[7]).

E I 848 II 818; M 3 262 ff.; P 3 118 ff.

1. § 903 bestimmt nur die Befugnisse des **Eigentümers** (positiv: „nach Belieben verfahren", negativ: „andere von jeder Einwirkung ausschließen"), gibt aber nicht eine Begriffsbestimmung für das Eigentum. Dieses ist die ausschließliche rechtliche Herrschaft einer Person über eine Sache, ist nicht eine Summe einzelner Befugnisse, sondern ein einheitliches Recht, das nicht real geteilt werden kann. Deshalb gibt es nicht ein Ober- und Untereigentum (abgesehen von den durch Artt 59, 62, 63 EG aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften über Lehen, Fideikommisse [nach PrALR hat der Fideikommißbesitzer nutzbares Eigentum, die Familie das Obereigentum, KGJ 48, 224] und Stammgüter sowie über Rentengüter, Erbpachtrechte) und beim Wegfall einer Beschränkung des Eigentums tritt Konsolidation zugunsten des Eigentümers ein. Es gibt nach dem BGB nur drei Arten des Eigentums: Alleineigentum, Miteigentum nach Bruchteilen und Eigentum zur gesamten Hand (Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft). Eine Doppelseitigkeit (Duplizität) des Eigentums besteht nicht; insbesondere ist der im Grundbuche zu Unrecht als Eigentümer Eingetragene (Bucheigentümer) zwar formell zur Veräußerung und Belastung des Grundstücks befugt, aber wirklicher Eigentümer ist er nicht. Wegen der gemäß Art 113 EG weiter bestehenden deutschrechtlichen Gesamthandsgemeinschaft an sog. Zweck- oder Interessentengrundstücken, die in einem agrarrechtlichen Gemeinheitsteilungsverfahren ausgeworfen worden sind, vgl. KGJ 48, 199. — Eine Beschränkung der einen Teil der Rechtsfähigkeit (§ 1) bildenden Eigentumsfähigkeit physischer oder juristischer Personen, insbesondere der Fähigkeit zum Erwerbe des Eigentums, kennt das BGB nicht. Bezüglich der aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften in dieser Hinsicht vgl. EG Artt 84 (Religionsgesellschaften), 86 (juristische Personen), 87 (Religiöse), 88 (Ausländer). Vgl. ferner § 5 Abs 3 HypBankG v. 13. 7. 99, § 54 PrivVUntG v. 12. 5. 01. — Erwerb und Verlust des Eigentums an einem Grundstück erfolgen nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch nach Art 186 EG als angelegt anzusehen ist (Art 189 EG). Auf das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehende Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen finden die Bestimmungen des BGB Anwendung (Art 181 Abs 1 EG). Ausnahmen: EG Art 181 Abs 2 (nicht nach Bruchteilen geteiltes Eigentum mehrerer, Sondereigentum an stehenden Erzeugnissen eines Grundstücks), 182 (Stockwerkseigentum), 183 (Waldgrundstück), 197 (bäuerliches Nutzungsrecht). Die Frage, ob Eigentum zur Zeit des Inkrafttretens des BGB erworben ist, richtet sich nach dem bisherigen Recht (**RG** 47, 115; JW 00 S. 763[40], 777; Gruch 45, 1006).

2. Es gibt Eigentum nur an **Sachen** (§ 90), nicht an Rechten oder anderen unkörperlichen Gegenständen, wie Erzeugnissen der geistigen Arbeit. Auch nicht an einer Sachgesamtheit. Vgl. § 90 A 1. Jedoch gelten die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften für gewisse Rechte, so nach § 1017, jetzt VO v. 15. 1. 19 § 11 für das Erbbaurecht und nach den gemäß Artt 3, 4, 55, 63, 67, 68, 74 EG in Geltung befindlichen Landesgesetzen, z. B. für: das Erbpachtrecht mit Einschluß des Büdner- und Häuslerrechts; das Bergrecht (das kein Eigentum an bestimmten körperlichen Sachen, sondern der Inbegriff der Berechtigungen ist, die dem Zwecke der bergmännischen Produktion dienen, und auf das daher die Vorschriften der §§ 903 ff. über den Inhalt des Eigentums keine Anwendung finden, **RG** 87, 400; Gruch 59, 1059); die selbständigen Gerechtigkeiten, wie das Apothekerprivilegium (**RG** JW 02, 40[13]), die Fährgerechtigkeit, die Fischereigerechtsame, Schiffsmühlengerechtigkeit, Kohlenabbaugerechtigkeit, Salzabbaugerechtigkeit. — Auch für die übrigen in den Artt 57 ff. EG den Landesgesetzen vorbehaltenen Materien des Privatrechts gelten die das Eigentum betreffenden, etwa vom BGB abweichenden landesgesetzlichen Vorschriften, wie nach Art 65 EG die bezüglich des Eigentums an Privatflüssen, Flußufern, Seen (vgl. OLG 26, 11; 26, 12). Hinsichtlich der dem Gemeingebrauch (z. B. öffentliche Flüsse, Straßen, vgl. **RG** 54, 55; 62, 87, Meeresufer) oder dem Gottesdienste (z. B. Kirchen) dienenden Sachen, sowie der Begräbnisplätze sind aber gemäß Art 55 EG in erster Linie die öffentlichrechtlichen Bestim-

mungen der Landesgesetze maßgebend. Vgl. § 90 A 1. Nach dem gemeinen Recht war das Bestehen von Privateigentum an öffentlichen Flüssen nicht ausgeschlossen (RG 3, 233; 52, 383; 53, 99; 80, 369; Gruch 56, 1178; JW 09, 509[43]; SeuffA 62 Nr 222; OLG 26, 12). Nach § 21 II 14 PrALR dagegen standen die von Natur schiffbaren Ströme ebenso wie die Land- und Heerstraßen, das Ufer des Meeres, die Häfen nicht im Privateigentum, sondern im gemeinen Eigentum des Staates (RG 3, 232; 4, 258; 28, 210; 32, 238; 35, 237; 71, 65; KGJ 35 A 246; 42, 176). Vgl. jedoch über Eigentumserwerb: an Aufschüttungen in öffentlichen Flüssen nach diesem Recht RG 71, 66; Gruch 55, 1152; 57, 989; an verlassenem Bett öffentlicher Flüsse durch den preußischen Staat RG 80, 123, und über Einfluß provinzieller Auenrechte (Aue ist das nicht zu Sondereigentum der Einwohner gewordene Dorfgebiet) in dieser Hinsicht KGJ 45, 207. Jetzt steht gemäß §§ 7, 8 PrWassG v. 7. 4. 13 das Eigentum an den Wasserläufen erster Ordnung dem Staate, an den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung den Eigentümern der Ufergrundstücke anteilig zu. Jenes Eigentum des preußischen Staates ist ein privatrechtliches Eigentum im Sinne des BGB; es ist mit dem Inkrafttreten des Wassergesetzes entstanden, mag auch das Recht des Staates an dem Strome zuvor eine andere Rechtsnatur gehabt haben, insbesondere gemeines Eigentum gewesen sein (RG 94, 35). Vgl. auch PrQuellenschutzG v. 14. 5. 08, das den Eigentümern von Grundstücken, die in den festzusetzenden Schutzbezirk einer gemeinnützigen Quelle fallen, gewisse Beschränkungen in der Ausübung der ihnen nach den §§ 903ff. kraft ihres Eigentums zustehenden Rechte auflegt (s. dazu RG 90, 280). Nach §§ 12, 17, 140, 162 des genannten PrWassG fällt das Eigentum an Anlandungen, sei es, daß sie von selbst oder infolge von Unterhaltungs- oder Ausbauarbeiten am Ufer eines Wasserlaufs sich gebildet haben, den Eigentümern der an den Wasserlauf angrenzenden Grundstücke zu (RG 87, 26), während nach (früherem) gemeinem und rheinisch-französischem Recht Anlandungen bis zu der Linie, welche der Fluß bei seinem höchsten normalen Wasserstande erreicht, und nach früherem preußischen Recht des ALR Anlandungen bis zur Linie des mittleren Wasserstandes zum Flußbette gehörten und daher bei öffentlichen Flüssen insoweit dem Privatrecht entzogene, dem gemeinen Gebrauche dienende Sachen waren (RG 87, 27). Das durch künstliche Anschüttungen am Ufer entstandene Land aber gehört nach dem Wassergesetz, wie schon früher nach dem PrALR (RG 28, 209; 71, 63; s. auch oben), nicht den Angrenzern, sondern dem Eigentümer des Wasserlaufs (RG 87, 30). — Das Eigentum an einer Sache begreift auch deren wesentliche Bestandteile (§ 93). Daher gibt es z. B. kein von dem Eigentum an der Sache getrenntes Eigentum an deren mit dem Boden noch zusammenhängenden Erzeugnissen (§ 94) und kein Stockwerks- oder Kellereigentum. Vgl. § 93 A 6, 7.

3. Gesetz ist jede rechtsgültige bestimmende Regel (Norm) des Privat- oder öffentlichen Rechtes (Art 2 EG), auch die von einem zuständigen Staatsgliede (staatlichem Organ) erlassene (z. B. Polizeiverordnungen, RG JW 08, 142[12]). Die **Beschränkungen,** denen der Eigentümer **in der Ausübung des Eigentums nach Gesetz** unterliegen kann, sind daher teils öffentlichrechtlicher, teils privatrechtlicher Natur. Über **öffentlichrechtliche** Eigentumsbeschränkungen, die reichsgesetzlich bestimmt sind, vgl. Artt 52—54 EG und die Reichsgesetze v. 7. 4. 69 § 3 (Rinderpest); v. 21. 12. 71 §§ 34ff., 44ff. (Grundeigentum in der Umgebung von Festungen; s. dazu RG 43, 17; Warn 1913 Nr 114, 272); v. 13. 6. 73 §§ 14ff. (Kriegsleistungen), s. dazu RG 89, 221); v. 13. 2. 75 u. 24. 5. 98 §§ 14, 16 (Naturalleistungen für die bewaffnete Macht); v. 23. 6. 80 und 1. 5. 94 §§ 57ff. (Viehseuchen); GewO § 51; v. 28. 10. 71 (Postgesetz; RG 70, 395; 73, 271); v. 18. 12. 99 § 12 (Telegraphenwege); v. 30. 6. 00 §§ 11ff., 29ff. (Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten); v. 7. 7. 02 § 11 (Süßstoff); v. 6. 7. 04 § 6 (Reblaus). Vorbehalte für die Landesgesetzgebung bezüglich Eigentumsbeschränkungen im öffentlichen Interesse enthält das EG in Ansehung: der Enteignung (Art 109; vgl. RG 79, 69; JW 07, 42[1]); tatsächlicher Verfügungen (Art 111), z. B. durch Bau-, Straßen-, Forstordnungen, Kulturedikte (vgl. RG 53, 384; 61, 322; 67 S. 240, 291; 70 S. 10, 77; Warn 08 Nr 217; JW 07, 62[28]; 08, 142[12]). Auf dem Gebiete des **Privatrechts** enthält das BGB Eigentumsbeschränkungen: bezüglich aller, sowohl unbeweglicher wie beweglicher Sachen in den §§ 226 (Schikaneverbot, vgl. RG 66, 127; Gruch 50, 940), 227ff. (Notwehr, Selbsthilfe), 823ff. (unerlaubte Handlungen), insbesondere 826 (z. B. Bordellbetrieb, RG 50, 227; 57, 239; SeuffA 61 Nr 241), 904 (Notstandsrecht), 962 (Bienenschwarm); und bezüglich der Grundstücke in den §§ 867, 1005 (Aufsuchen und Wegschaffen von Sachen auf fremden Grundstücken), 905—924 (vgl. RJA 10, 74). Ferner sind in dieser Hinsicht Vorbehalte für die Landesgesetzgebung enthalten in EG Artt 115, 116, 117, 119, betreffend Beschränkungen in Ansehung rechtlicher Verfügungen (Verbot oder Beschränkung: der Belastung mit gewissen Dienstbarkeiten oder Reallasten; der Belastung mit gewissen Geldrenten; der Belastung über eine bestimmte Wertgrenze hinaus; der Veräußerung, Teilung oder Vereinigung von Grundstücken).

4. **Rechte Dritter, die** den Eigentümer **in der Ausübung des Eigentums beschränken,** sind in erster Linie dingliche Rechte an der Sache. Rechte auf dem Gebiete der Schuld-

verhältnisse, die dem Eigentümer in Beziehung auf seine Sache persönliche Verpflichtungen auferlegen, berühren das Eigentumsrecht als solches nicht (RG 55, 165). Wenn jedoch der schuldrechtlich Berechtigte im Besitze der Sache ist (wie z. B. der Mieter, Pächter), wird er gegenüber einem Eigentumsanspruche nach Maßgabe der §§ 986, 1000 geschützt. Hat ein Künstler auf vorausgegangene Bestellung ein Kunstwerk geliefert, so kann der Besteller sein Eigentumsrecht an dem Kunstwerk (z. B. Freskogemälde in dem Treppenflur eines Wohnhauses) nur unbeschadet des Urheberrechts des Künstlers ausüben; z. B. darf er ohne Einwilligung des Künstlers nicht Änderungen daran vornehmen (RG 79, 397). Vgl. dagegen RG 63, 398 (keine Wirkung von Urheberrechten gegenüber rechtmäßigen Eigentümern von Exemplaren des Werkes). — Ein Verstoß des Eigentümers gegen eine Polizeiverordnung (z. B. eine Baupolizeiverordnung) berechtigt einen Dritten zur Klage nur dann, wenn die Verordnung einen privatrechtlichen Anspruch auf Einhaltung ihrer Bestimmungen gewährt (RG JW 08, 142[12]). — Nach Art 124 EG bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, die das Eigentum zugunsten des Nachbars noch anderen als den im BGB bestimmten Beschränkungen unterwerfen, unberührt. Diese Vorschriften über sog. Legalservituten (vgl. § 1018 A 9) betreffen hauptsächlich (vgl. für preußisches Recht §§ 118ff. I 8 ALR) Einhaltung eines Abstandes beim Bauen oder bei Erniedrigungen oder Erhöhungen des Bodens an der Grenze (vgl. OLG 26, 13; 26, 14; 26, 17; 26, 21) und Licht- und Fensterrecht (vgl. OLG 26, 14; 26, 15; 29, 333). Ferner kommen nach Art 65 EG hier die landesgesetzlichen Beschränkungen in der Ausübung des Eigentums an Wasserläufen in Betracht (vgl. hierüber § 906 A 5).

5. Aus den Worten **„soweit nicht entgegenstehen"** ergibt sich die Vermutung für die Freiheit des Eigentums. Eine Beschränkung hat daher derjenige zu beweisen, der sie behauptet, und zwar in dem von ihm behaupteten Umfange. — Die Beschränkung geht ferner gerade so weit, als Gesetz oder Rechte Dritter der Ausübung des Eigentums entgegenstehen. Daher ist z. B. eine Stadt, welche Eigentümerin einer Straße ist, im Gebiete des rheinisch-französischen und des preußischen Rechtes durch das Recht der Straßenanlieger nicht an jeder privatwirtschaftlichen Ausnutzung der Straße (z. B. Aufstellung eines Erfrischungszelts) gehindert (RG 62, 87). Anderseits müssen sich z. B. die einer Eisenbahn benachbarten Grundbesitzer zufolge der staatlichen Bau- und Betriebserlaubnis alle Einwirkungen gefallen lassen, ohne die der Betrieb nicht ausführbar ist, und alles unterlassen, wodurch die Sicherheit des Bahnverkehrs beeinträchtigt wird (RG V 37/01; vgl. aber wegen Ersatzes des durch den Betrieb der Eisenbahn verursachten Schadens A 7). Wegen der Rechte der Anlieger öffentlicher Straßen vgl. im übrigen die in § 1018 A 2 angeführten Urteile.

6. Da **der Eigentümer mit seiner Sache nach Belieben verfahren darf,** so ist er, auch wenn er in der rechtmäßigen Ausübung seines Eigentums einem anderen (z. B. durch den Betrieb eines mit Gefahren verbundenen Gewerbes oder durch Niederreißen des die Grenze überschreitenden Teiles eines Nachbarhauses oder durch Errichtung einer den Luftzug von einer Windmühle abhaltenden Anlage) Schaden zufügt, nicht schadensersatzpflichtig (RG 50, 227; 70, 205; JW 09, 161[10]). Er darf jedoch nicht nach Willkür verfahren, insbesondere nicht seine Befugnisse mißbrauchen und gegen die Gebote der Sittlichkeit verstoßen (Prot 3, 120). Einem solchen Verfahren stehen die §§ 226, 826 entgegen (vgl. RG 50, 227; 57, 239; Warn 1910 Nr 335; vgl. jedoch RG 76, 131). Daher ist er z. B. schadensersatzpflichtig, wenn durch einen, sei es auch polizeilich genehmigten Bordellbetrieb in seinem Hause der Wert der Nachbargrundstücke beeinträchtigt wird (RG 38, 380; 50, 227; 57, 239). — Die Befugnis zum Verfahren nach Belieben schließt in sich die besonders in dem Besitzen und Benutzen sich äußernde tatsächliche Herrschaft über die Sache sowie die rechtliche Herrschaft, die namentlich durch die Verfügungsmacht (§§ 928, 959: Aufgeben des Eigentums; §§ 873, 925, 929: Übertragung auf einen anderen; §§ 1012, 1018, 1030: Belastung der Sache) zur Geltung kommt.

7. Das Recht auf **Ausschließung anderer von jeder Einwirkung** wird, soweit es sich nicht um eine Einwirkung handelt, die nach §§ 904, 905, 906 oder nach sonst einem Gesetz (s. A 3) oder wegen eines Rechtes des Einwirkenden (s. A 4) zu dulden ist, im allgemeinen durch Klagen auf Unterlassung und Beseitigung der störenden Einwirkungen gemäß § 1004 und in den Sonderfällen der §§ 907, 908 durch Klagen auf Beseitigung des gefahrdrohenden Zustandes geltend gemacht, sowie im Falle des Verschuldens des Störenden durch Klagen auf Schadensersatz gemäß §§ 823ff. Kann zufolge besonderer Vorschriften, insbesondere des öffentlichen Rechtes, Beseitigung einer Einwirkung, die an sich über das nach § 906 zu duldende Maß hinausgeht, nicht verlangt werden (z. B. bei behördlich genehmigten gewerblichen Anlagen, § 26 GewO; bei Beschädigungen durch den Eisenbahnbetrieb; ferner nach Landesrecht, z. B. § 75 Einl z. PrALR, bei Entziehung des Rechtes, Eingriffe in das Eigentum abzuwehren, durch behördliche Anordnung), so ist auch ohne Nachweis eines Verschuldens für den verursachten Schaden Ersatz zu leisten. Vgl. hierüber § 906 A 13, § 907 A 1, § 908 A 7. — Die Einwirkung muß aber, um die Klage auf Unterlassung zu begründen, in sinnlich wahrnehmbarer Weise die Sache selbst ergreifen

(vgl. RG 50, 228; JW 02 Beil 240). Deshalb kann z. B. auf Unterlassung eines Bordellbetriebs auf dem Nachbargrundstück nicht (gemäß §§ 903, 906, 1004) geklagt werden, es sei denn, daß die Voraussetzungen des § 826 gegeben sind (RG 57, 239). Vgl. im übrigen bezüglich unzulässiger Einwirkungen von Nachbargrundstücken aus die Anmerkungen zu § 906. Liegen bei den Einwirkungen die Voraussetzungen des § 906 (Unwesentlichkeit der Beeinträchtigung oder Ortsüblichkeit der Benutzung des Nachbargrundstücks) nicht vor, so braucht der Eigentümer die Einwirkungen auch dann nicht zu dulden, wenn die betreffende Benutzung des Nachbargrundstücks einem Wohlfahrtszwecke dient, es sei denn, daß nach besonderer gesetzlicher Bestimmung ihm die Duldungspflicht obliegt (RG 70, 313; Gruch 58, 1026). — Die photographische Aufnahme eines Gebäudes oder der inneren Räume enthält eine zur Abwehr nach §§ 903, 1004 berechtigende Einwirkung, wenn der Eigentümer ein wirtschaftliches Interesse (z. B. mit Rücksicht auf eigene Veranstaltung von Abbildungen) daran hat, daß die Aufnahme unterbleibt (OLG 20, 402). Über Einwirkungen durch Entziehen von Brunnen- und Grundwasser vgl. § 905 A 1, § 906 A 5. — Der Eigentümer kann sich gegebenenfalls, namentlich bei Grundstücken, auch durch Besitzstörungsklage (§§ 858 ff.) gegen unberechtigte Eingriffe schützen.

§ 904

Der Eigentümer[1]) einer Sache[2]) ist nicht berechtigt[3]), die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten[4]), wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr[5]) notwendig[6]) und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist[7]). Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens[8]) verlangen[9]).

E II 889; P 6 212 ff.

Während § 228 den Fall behandelt, in welchem jemand sich gegen die Sache wendet, durch welche die Gefahr droht, d. h. welche sie erzeugt hat und sie ohne Abwehrmaßregel fortwirken lassen würde, behandelt § 904 den Fall, in welchem sich jemand einer fremden Sache bedient, um einer nicht von ihr ausgehenden Gefahr zu begegnen (RG 88, 213). § 228 läßt die Interessen des Geschädigten hinter die des Bedrohten weit mehr zurücktreten als § 904, weil der Schädiger im Falle des § 228 der „drohenden" Sache gegenüber eine Verteidigungsstellung, im Falle des § 904 einer nicht drohenden Sache gegenüber die Stellung eines Angreifers einnimmt (RG 88, 214).

1. Da die im § 904 bestimmte Beschränkung in der Ausübung des Eigentums sich gegen den **Eigentümer** der Sache als solchen richtet, also die Sache selbst ergreift, unterliegt ihr auch der Besitzer sowie derjenige, dem ein anderes Recht an der Sache zusteht (z. B. der Nießbraucher, auf dessen Früchte eingewirkt wird; vgl. Prot 6, 216).

2. Bewegliche oder unbewegliche **Sache**. Bei Einwirkungen auf andere Rechtsgüter findet § 904 keine Anwendung und hat der Angegriffene das Recht der Notwehr (§ 227).

3. Die **Nichtberechtigung des Eigentümers zum Verbot** der Einwirkung ist eine Ausnahme von § 903 (Berechtigung zur Ausschließung jeder Einwirkung). Über die Fälle des Notstandes nach § 228 (s. Vorbem) hinaus, in denen von der Sache eine Gefahr droht, soll der Eigentümer der Sache unter den im § 904 bestimmten Voraussetzungen zur Duldung der Eingriffe in sein Eigentum verpflichtet sein (RG 75, 83). Daher muß derjenige, der einen solchen Ausnahmefall geltend macht, die Voraussetzungen hierfür gemäß § 904 Satz 1 beweisen. — Aus der Nichtberechtigung zum Verbote folgt, daß der Eigentümer auch nicht zur Notwehr (§ 227) noch zur Abwehr nach § 859 (gegen verbotene Eigenmacht) berechtigt ist. Im Gegenteil kann er nach Maßgabe des § 823 Abs 2 schadensersatzpflichtig werden, wenn er dennoch verbietet. Der Einwirkende handelt nicht widerrechtlich. Er ist nicht etwa nach § 823 Abs 1 schadensersatzpflichtig, auch nicht (z. B. wegen Sachbeschädigung) strafbar. Widersetzt sich der Eigentümer, so befindet er sich in der Notwehrlage und kann gemäß § 227 dem rechtswidrigen Angriff mit Gewalt entgegentreten. Jedoch ein durch Klage zu erzwingendes Recht auf Duldung der Einwirkung steht ihm nicht zu (OLG 12, 121).

4. Die **Einwirkung** kann nicht bloß in einem Beschädigen oder Zerstören, wie im Falle des Selbstschutzes gegen fremde Sachen (§ 228), sondern auch in einem Gebrauch der Sache (z. B. Benutzen eines fremden Pferdes, um einen Arzt zum Schwerkranken zu holen) bestehen (OLG 13, 370). Vgl. auch A 8.

5. **Gegenwärtige Gefahr** ist ein außergewöhnliches Ereignis, durch das die bestehenden Verhältnisse, mit denen man rechnen muß, derartig verändert werden, daß sofortige Abhilfe notwendig wird (RG 57, 191; SeuffA 62 Nr 13; OLG 12, 121). Eine solche Gefahr wird z. B. bestehen können für einen Luftschiffer, wenn er genötigt ist, Ballast auszuwerfen oder auf einem Grundstück zu landen (OLG 29, 334). Ferner für einen Schiffer, der, um sein Schiff gegen

einen Sturm zu schützen, es an dem Schiff eines anderen befestigt (vgl. RG 88, 215). Dagegen besteht sie z. B. nicht im Falle: der Verhinderung der Ableitung der Grubenwässer aus einem Bergwerk (RG 57, 191); des Eindringens von Feuchtigkeit bei Ausbesserungsarbeiten an einem Nachbarhause (OLG 12, 121). — Gefahr für immaterielle Rechtsgüter, wie Leben, Gesundheit, Freiheit, ist nicht erforderlich; es genügt auch Gefahr für das Vermögen (z. B. Einreißen eines Gebäudes bei Feuersgefahr, Prot 6, 217). — Ferner ist nicht, wie im Falle des § 228, der sich auf Eingriffe gegen die gefährdende Sache selbst (z. B. ein Tier) bezieht, erforderlich, daß die Sache, auf die eingewirkt wird, an der Gefährdung beteiligt ist (RG 71, 241; 88, 213 [s. Vorbem]; JW 08, 611[137]). — Die Gefahr braucht auch nicht dem Einwirkenden selbst zu drohen; vielmehr kann, wie aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes zu folgern ist, auch zugunsten eines Dritten eingewirkt werden, wenn in dessen Person die Voraussetzungen des § 904 vorliegen (z. B. Benutzung einer fremden Sache zur Rettung eines anderen aus Lebensgefahr). — § 904 findet auch dann Anwendung, wenn die Gefahr durch Verschulden des Einwirkenden oder einer dritten Person herbeigeführt ist, da eine Einschränkung nach dieser Richtung nicht gemacht ist (vgl. § 228 Satz 2, SeuffA 62 Nr 13).

6. Die Einwirkung muß objektiv **zur Abwendung der Gefahr notwendig** sein, d. h. es müssen andere genügende Abwehrmittel fehlen (vgl. RG Gruch 45, 1009). — Daß aber die Einwirkung den Erfolg der Abwendung der Gefahr gehabt hat, ist nicht erforderlich. Durch ein Mißlingen wird die Einwirkung nicht widerrechtlich.

7. Der **drohende Schaden** muß gegenüber dem Schaden des Eigentümers der Sache **unverhältnismäßig groß** sein (vgl. RG 71, 241; 88, 213). Dies wird bei Bedrohung des Lebens oder erheblicher Gefährdung der Gesundheit stets der Fall sein. Wenn es sich um Vermögensschaden handelt, sind der Nachteil des Einwirkenden und der Schaden des Eigentümers der fremden Sache in zu schätzenden Geldbeträgen (für die Frage der Widerrechtlichkeit der Einwirkung) gegeneinander abzuwägen (vgl. RG JW 08, 611[137]).

8. Der Einwirkende muß, anders wie im Falle des § 228, auch dann **Schadensersatz** (§§ 249ff.) leisten, wenn ihn kein Verschulden trifft (vgl. RG 58, 132; 60, 345; auch 75, 81). So z. B. auch der Luftschiffer, welcher Ballast auswirft oder auf einem fremden Grundstück zu landen genötigt ist (vgl. OLG 29, 335). Voraussetzung nur für die Schadensersatzpflicht ist eine Einwirkung im Sinne eines in den Eigentumsbereich eingreifenden Tuns (RG 75, 83). Erfolgt eine Beschädigung unter Umständen, die völlig unabhängig von dem Willen des Verursachers ist, so besteht eine Schadensersatzpflicht nicht (OLG 20, 404). — War der Einwirkende nicht selbst Gefährdeter, sondern hat er zugunsten eines Dritten eingewirkt, so ist, wenn er auf Weisung des Dritten, zu dem er in einem Abhängigkeitsverhältnisse stand (§ 855), gehandelt hat, der Dritte schadensersatzpflichtig (z. B. der Eigentümer eines einwirkenden Luftschiffs, das von einem anderen, der seinen Weisungen zu folgen hatte, geführt wurde; vgl. OLG 29, 335). Ist er aber selbständig vorgegangen, so trifft ihn die Schadensersatzpflicht und er kann nur nach den Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677ff.) oder auf Grund der Bereicherung (§§ 812ff.) von dem Dritten je nach Lage des Falles vollen oder teilweisen Ersatz des Geleisteten verlangen (str.; vgl. Prot 6 S. 213, 219). — Der Anspruch auf Schadensersatz verjährt nach § 195 in 30 Jahren, nicht etwa nach § 852 in drei Jahren, da keine unerlaubte Handlung vorliegt. — Liegt ein Verschulden des Einwirkenden vor, so ist ein Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung nach § 823 gegeben (RG 88, 215).

9. Art 109 EG hält die **landesgesetzlichen** Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache aufrecht. — Vgl. auch § 9 StrandO vom 17. 5. 74 (Rettung aus Seenot).

§ 905

Das Recht des Eigentümers eines Grundstücks[1]) erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche[2]). Der Eigentümer kann jedoch[3]) Einwirkungen nicht verbieten, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat[4]).

E I 849 II 819; M 3 263 f.; P 3 120 ff.

1. Aus der nur auf Grundstücke sich beziehenden Bestimmung des Satz 1 ergibt sich, in Verbindung mit dem für alle Sachen geltenden § 903 als die Regel **das Recht des Eigentümers eines Grundstücks,** mit seinem Grundeigentum innerhalb des bezeichneten Herrschaftsgebiets nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung darauf auszuschließen. Er kann also regelmäßig unbeschränkt: hoch bauen, in die Tiefe gehen, Bodenbestandteile, auch Wasser aus Flüssen und Quellen entnehmen. Ausnahmsweise Beschränkungen aber

auch in dieser Hinsicht können, abgesehen von der besonderen einschränkenden Bestimmung des Satz 2, nach § 903 sich aus Gesetz oder Rechten Dritter ergeben. Vgl. § 903 A 3, 4. An gesetzlichen Beschränkungen kommen in dieser Hinsicht für das Grundeigentum namentlich in Betracht: von den A 3 § 903 angeführten Reichsgesetzen das RayG vom 21. 12. 71 und ferner das TelWG v. 18. 12. 99 (vgl. über Auslegung des § 6, betr. die Tragung der Kosten für Anbringung von Schutzvorkehrungen, RG 57, 364; 63, 88); an Landesgesetzen die der Landesgesetzgebung vorbehaltenen in EG Art 65 (Wasserrecht. Vgl. über: Ableitung von Quellwasser: RG 12, 183; 16, 229; 27, 328; Gruch 42, 1009; Warn 1913 Nr 96, 153; SeuffA 33 Nr 2; 34 Nr 92, 267; 40 Nr 181; 47 Nr 261; 52 Nr 6, 145; Entziehung von Grundwasser, RG Warn 1913 Nr 96; V 100/09; OLG 12, 120; Zuleitung von Regenwasser, OLG 10, 116; Ableitung von Abwässern durch Wassergräben, RG 57, 187. Vgl. jetzt zu alledem weiter PrWassG v. 7. 4. 13 §§ 40ff., 196ff. und für gemeinnützige Quellen PrQuellenschutzG v. 14. 5. 08), Art 67 (Bergrecht; vgl. über Abgrenzung des Grundeigentums und der Bergwerksberechtigung, insbesondere bezüglich Höhlungen, RG 28, 152; die Vorschriften der §§ 905ff. über den Inhalt des Eigentums finden, z. B. hinsichtlich der Einwirkungen von einem benachbarten Bergwerk aus, auf das Bergwerkseigentum nach PrAllgBergG keine Anwendung, RG 72, 304; 87, 400). — Auch zu Einwirkungen, die an sich den §§ 903, 905 zuwiderlaufen, kann eine Berechtigung dadurch begründet, also die Eigentumsstörungsklage gemäß § 1004 Abs 2 ausgeschlossen sein, daß ein Recht darauf als Dienstbarkeit gemäß §§ 1018, 1090 bestellt wird (vgl. RJA 10, 74), oder daß kraft besonderer Gesetzesbestimmung (vgl. z. B. § 912, Überbau) die Duldungspflicht des Eigentümers besteht (RG 88, 40). — Über den Schutz des Eigentümers gegen unberechtigte Einwirkungen vgl. § 903 A 8. Der Anspruch auf Unterlassung unterliegt nach § 902 der Verjährung nicht. — Das Verbietungsrecht steht nicht bloß dem Eigentümer, sondern auch dem Erbbau- und Dienstbarkeitsberechtigten, insoweit ihr Recht durch die Einwirkung beeinträchtigt wird (§ 11 VO v. 15. 1. 19, §§ 1027, 1065, 1090 Abs 2), sowie dem Besitzer des Grundstücks zu. Ob das Eigentum einer Privatperson oder einer öffentlichrechtlichen Körperschaft (z. B. einer Stadtgemeinde) zusteht, macht keinen Unterschied (RG 42, 208; Warn 1910 Nr 335; SeuffA 54 Nr 918; OLG 18, 121). Ist jedoch das Grundstück dem öffentlichen Gebrauche gewidmet, so können Einwirkungen, die sich innerhalb der Grenzen des bestimmungsmäßigen Gebrauchs halten, vom Eigentümer nicht gehindert werden (RG 42, 208).

2. Gegen Einwirkungen auf den einen Bestandteil des Grundstückseigentums bildenden **Raum über der Oberfläche** (Luftraum) oder **den Erdkörper unter der Oberfläche**, die nicht unter § 905 Satz 2 und auch nicht unter § 906 fallen, zu deren Vornahme ferner keine besondere Berechtigung besteht, kann der Eigentümer gemäß § 1004 oder §§ 823ff. (§ 903 A 8) einschreiten. Z. B. im Falle: lästigen Hinüberwehens der Sandmassen von Sandkippen auf dem Nachbargrundstück, RG 60, 140; lästiger Überführung von Sand und Wasser durch eine Feldbahnanlage, OLG 26, 22; der Errichtung von Erkern, Balkonen oder sonstigen Vorbauten, die in den Luftraum über einer der Stadtgemeinde gehörigen Straße hineinragen, RG Warn 1910 Nr 335; Gruch 54, 918; OLG 18, 121; 26, 16 (sofern nicht etwa zufolge landesrechtlicher Vorschriften, z. B. §§ 79ff. I 8 PrALR, oder mit Rücksicht auf den an öffentlichen Straßen zustehenden Gemeingebrauch solche Vorbauten zu dulden sind, RG 30, 72; Warn 1910 Nr 335); der nicht lotgerechten Errichtung einer Giebelmauer bei einem Bau auf dem Nachbargrundstück, zufolge deren die Mauer mit Ausbucklungen in den Luftraum über dem diesseitigen Grundstück hineinragt, RG 88, 40 (sofern nicht die Voraussetzungen eines Überbaus nach § 912 vorliegen und daher eine Duldungspflicht besteht); der Anlage eines Tunnels unter einem Wohnhause vom Nachbargrundstücke aus, RG JW 1912, 869[28]. Auch an dem Luftraum, der sich über dem im Privateigentum stehenden Bette eines Wasserlaufs befindet, steht dem Eigentümer das Ausschließungsrecht des § 905 zu (z. B. im Falle einer Überdeckung des Wasserlaufs durch einen hinüberreichenden Bau); selbst wenn das Wasser (die fließende Welle) öffentlich ist, letzterenfalls nur mit den durch den Gemeingebrauch des Wassers und der darüber befindlichen Luft gebotenen Beschränkungen (RG 92, 48). Gleiches gilt auch von dem über dem Bette innerhalb der Ufer befindlichen Raum, in dem sich das Flußwasser bewegt. Es stellt sich daher in Preußen jede vom WassG v. 7. 4. 13 nicht besonders zugelassene, im Falle eines Wasserlaufs erster Ordnung, der im Privateigentum des Staates steht (s. § 903 A 2), den Gemeingebrauch des § 25 überschreitende, in diesem Raume durch unbefugte Dritte erfolgende Betätigung als rechtswidrige Störung des Eigentums dar (RG 53, 99; 94, 35; JW 1914, 87[17]), auch die Verletzung des dem Eigentümer nach § 7 PrFischereiG v. 11. 5. 16 zustehenden Fischereirechts durch Ausübung der Fischerei, sofern nicht der Störende ein Gegenrecht nachweist (RG 94, 35). Jedoch müssen die nach § 1004 zu verfolgenden Einwirkungen körperlich, sinnlich wahrnehmbar sein und das Eigentumsgebiet selbst ergreifen; auch wird nur die senkrechte Luftsäule über dem Grundeigentum geschützt. Daher wird z. B. von einem Nachbargrundstücke aus nicht (im Sinne des § 1004) widerrechtlich eingewirkt durch: Abhaltung (sog. negative Einwirkung)

von Licht und Luft (RG 51, 254; JW 08, 142[12]), des Windes für eine Windmühle (RG JW 09, 161[10]); Betrieb eines mit Feuer- und Explosionsgefahr verbundenen Gewerbes (RG 50, 226); Bordellbetrieb (RG 50, 227; 57, 239); schamverletzende Anblicke aus einem Freibad (RG 76, 130). Vgl. § 906 A 1. — Durch **Veränderungen des Erdkörpers**, z. B. infolge der Umwandlung eines Gewässers in festes Land oder infolge dauernder Überschwemmung, wird an den Eigentumsverhältnissen grundsätzlich nichts geändert (RG 71, 67; § 892 A 6).

3. Hat der Eigentümer **kein Verbietungsrecht,** so bildet dies, wie sich aus dem **„jedoch"** ergibt, eine Ausnahme von Satz 1, also von dem Grundsatze der unbeschränkten Herrschaft des Eigentümers. Wer Einwirkungen vornimmt, hat daher zu **beweisen**, daß er nach Satz 2 zu der Einwirkung berechtigt ist, insbesondere, daß der Eigentümer an deren Ausschließung kein Interesse hat (RG 59, 120; OLG 5, 383; 18, 121).

4. Das Verbietungsrecht versagt immer dann, wenn der Eigentümer an der Ausschließung **kein Interesse hat.** Daß, wie bei der Schikane (§ 226), ein Verbieten nur den Zweck haben könnte, dem Einwirkenden Schaden zuzufügen, ist vom Gesetze nicht erfordert (RG 59, 118; OLG 10, 108). Hierher gehören z. B. Tunnelbauten in großer Tiefe, Hinüberfliegen eines Luftschiffes. — Das Interesse an der Ausschließung der Einwirkung braucht aber nicht ein vermögensrechtliches zu sein, es genügt jedes des Schutzes würdige Interesse, auch ein Interesse an der Ausschließung solcher Einwirkungen, die dem Eigentümer erst in der Zukunft bei der Ausnutzung seines Eigentums hinderlich werden könnten, sog. Affektionsinteresse (RG 59, 117; Gruch 58, 204; OLG 26, 17; z. B.: erhebliche Beeinträchtigung des Anblicks des freien Himmels über einem Garten, beispielsweise durch Hinüberleiten elektrischer Lichtkabel, Prot 3, 122, RG 59, 117, OLG 5, 384; elektrische Lichtkabel in geringer Höhe über ein Dach eines Wohnhauses, OLG 10, 107; Hinüberleiten einer Drahtseilbahn, OLG 18, 121; Anbringung von Schaukasten in geringer Höhe über dem Bürgersteige einer Stadtgemeinde, OLG 18, 121; Ausbauchung einer vom Nachbar auf der Grenze errichteten Mauer [auf die § 912 keine Anwendung findet, s. dort A 4], auch wenn nur eine geringe Gefahr des Einsturzes besteht, OLG 34, 171). — Für das Vorhandensein des Interesses ist nicht bloß die gegenwärtige, sondern jede mögliche Art der Benutzung des Grundstücks von Bedeutung. Der Eigentümer hat ein Interesse an der Ausschließung nicht bloß solcher Einwirkungen, die gegenwärtig, sondern auch solcher, die in **Zukunft** der Ausnützung seines Grundstücks hinderlich sein können (wenn z. B. zufolge einer über ein Hotel geführten elektrischen Leitung möglicherweise Gäste aus Furcht vor Gefahren ausbleiben werden, RG 42, 210; 59, 120). — Als Interesse im Sinne des Satzes 2 ist dagegen nicht anzusehen die für den Eigentümer, falls die Schranke im Satz 2 nicht bestände, sich ergebende Möglichkeit, sich von dem (in großer Höhe oder Tiefe) Einwirkenden (z. B. Bernsteinabbau nach preuß. Ges. v. 22. 2. 67 in beträchtlicher Tiefe unter einem Grundstück) für Gestattung der Einwirkung Vorteile auszubedingen (RG Gruch 58, 201).

§ 906

[1]) Der Eigentümer[2]) eines Grundstücks kann die Zuführung[3]) von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen[4]) und ähnliche[5]) von einem anderen Grundstück ausgehende[6]) Einwirkungen[1]) insoweit nicht verbieten[7]), als[8]) die Einwirkung die Benutzung[9]) seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt[10]) oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist[11]). Die Zuführung durch eine besondere Leitung[12]) ist unzulässig[13]).

E I 850 II 820; M 3 264—268; P 3 123—125; 6 225, 226. DS. 186 ff.

1. Nach § 903 in Verbindung mit § 905 würde jede, auch eine unwesentliche Einwirkung auf ein Grundstück und den Raum über dessen Oberfläche unzulässig sein. § 906 schränkt den Grundsatz des § 903, um den Bedürfnissen des Lebens Rechnung zu tragen, ein (RG JW 1910, 941[18]; 1911, 587[33]; 1911, 767[31]) bezüglich der **Einwirkung durch Zuführung unwägbarer Stoffe** (sog. Immission von Imponderabilien), d. h. der Arten der mittelbaren oder unmittelbaren Hinüberwirkung von einem Grundstück auf das andere, die darin bestehen, daß die gewöhnlichen Lebensverrichtungen und die wirtschaftlichen und gewerblichen Vorgänge dem Luftmeere gasförmige oder sonst in der Luft schwebende Körper überliefern, die der Bewegung des Luftmeeres folgen, und daß die menschliche Tätigkeit von naturgesetzlichen Wirkungen begleitet ist, die sich weiter fortpflanzen, wie Erschütterung, Wärme, Geräusch (M 3, 264). Soweit die Voraussetzungen des § 906 nicht vorliegen, ist jede Einwirkung unzulässig (vgl. RG 76, 132). Wegen der Schutzmittel hiergegen vgl. A 13. Dabei ist nicht erforderlich,

daß die schädlichen Einwirkungen menschlicher Tätigkeit ihre Entstehung verdanken (RG Gruch 54, 1007). Die Einwirkungen von dem Nachbargrundstück aus können vielmehr auch in Naturereignissen ihre Ursache haben (RG 51, 411; Gruch 54 S. 158 u. 1007; SeuffA 60 Nr 103). Nicht notwendige Voraussetzung für die Berechtigung zur Abwehr ist ferner, daß die Einwirkungen lediglich durch Naturgesetze und unbelebte Naturkräfte vermittelt werden, vielmehr können auch Einwirkungen zufolge des Wachstums der Pflanzen oder tierischer Tätigkeit auf dem Nachbargrundstück zur Abwehr berechtigen (RG Gruch 54, 1007). — Die Begrenzung der im § 906 gemeinten Einwirkungen ist aus den angeführten Beispielen und aus dem Wort „ähnliche" zu entnehmen (vgl. RG 76, 131). Danach sind unter Einwirkungen zunächst nur sinnlich wahrnehmbare, wenn auch unwägbare Einwirkungen zu verstehen; nicht immaterielle oder ideale (z. B. nicht die Einwirkung durch den Betrieb eines mit Feuer- und Explosionsgefahr verbundenen Gewerbes, eines Bordells; RG 50, 227; 57, 239). Ferner ist ein stoffliches Hinüberwirken von dem Nachbargrundstücke vorausgesetzt; nach §§ 903, 905 wird nur die senkrechte Luftsäule über dem Grundeigentum gegen Eingriffe geschützt (vgl. § 905 A 2). Daher kommen für die Frage der Zulässigkeit nach § 906 von vornherein nicht in Betracht die sog. negativen Einwirkungen, z. B.: durch Schattenwerfen, Entziehung der Aussicht infolge von Bauten auf dem Nachbargrundstücke (RG 51, 254; JW 08, 142[12]); durch Abhaltung des Luftzugs, wie des Windes für eine Windmühle (RG JW 09, 161[10]); das durch das bloße Dasein eines Gebäudes auf einem Nachbargrundstück verursachte Abprallen des Windes und des Regens (RG Gruch 58, 1028); Abführungen, Entziehung von Stoffen (RG Gruch 57, 992; s. A 3). Weiter müssen die Zuführungen solche sein, die entweder auf das Grundstück und die dort befindlichen Sachen schädigend einwirken oder die auf dem Grundstück sich aufhaltenden Personen derart belästigen können, daß ihr gesundheitliches Wohlbefinden gestört oder ein körperliches Unbehagen bei ihnen hervorgerufen wird (RG 76, 131). Daher ist nicht als Einwirkung zu erachten ein Anblick, der durch Vorgänge auf einem Nachbargrundstück dargeboten wird, mag auch dadurch (z. B. schamloses Verhalten badender Personen) das seelische Empfinden der die Vorgänge erblickenden Personen verletzend berührt werden (RG 76, 130). — Gegen Einflüsse, die sich nicht als Einwirkungen im vorbezeichneten Sinne darstellen, gewährt das Gesetz, weil sie zu unwesentlich sind oder sich innerhalb des Herrschaftsgebiets (§§ 903, 905) des Nachbareigentümers halten, dem Eigentümer überhaupt nicht das Recht der Abwehr, insbesondere nicht das Recht der Klage auf Unterlassung gemäß § 1004 (RG 76, 132). Nur wenn in der betreffenden Benutzungsart der Tatbestand einer unerlaubten Handlung nach Maßgabe der §§ 823 ff., insbesondere des § 826 zu finden ist, kann neben einem Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens ein Anspruch auf Unterlassung künftiger schädigender Handlungen gegeben sein (z. B. im Falle des Betriebs eines Bordells mit dem Bewußtsein der Entwertung des in der Nähe befindlichen Wohnhauses des Eigentümers, oder wenn der Nachbar auf seinem Grundstück fortdauernde Vorgänge, die das Schamgefühl verletzen, wissentlich duldet; RG 57, 240; 76, 133). — Ferner kann das Recht des Nachbars auf Einwirkungen, da zwingende Vorschriften nicht entgegenstehen, über § 906 hinaus durch Vereinbarung erweitert werden. Eine solche Vereinbarung kann auch stillschweigend (durch schlüssige Handlungen) erfolgen. Z. B. kann in der Veräußerung eines Grundstücksteils zu einem voraussehbarerweise dem Restbesitze nachteiligen Betriebe oder in dem Erwerb eines Teiles eines Fabrikgrundstücks die Vereinbarung gefunden werden, daß die mit dem Fabrikbetriebe notwendig verbundenen, wenn auch wesentlichen, beim Erwerbe voraussehbaren Beeinträchtigungen von dem anderen Teile geduldet werden sollen (RG 29, 268; 66, 126; JW 95 S. 172[36], 173[37]; 96, 214[59]; 09, 725[20]; SeuffA 58 Nr 142). Die Vereinbarung kann auch mit Wirkung zugunsten der Sondernachfolger des Berechtigten gemäß §§ 328 ff. getroffen werden, dagegen nicht mit Wirkung auch gegen die Sondernachfolger des Verpflichteten, die vielmehr nur durch Bestellung einer Dienstbarkeit gemäß § 873 (§§ 1018, 1090) gebunden werden können (RG 66, 128; JW 09, 725[20]). — Weiter kann auf Grund öffentlichen Rechtes eine Verpflichtung zur Duldung von Einwirkungen über § 906 hinaus bestehen oder doch der Rechtsweg auf Unterlassung der Einwirkung ausgeschlossen sein. So z. B. im Falle der Zuführung von Geräuschen: durch den Reichspostbetrieb, RG 73, 270; durch lärmende Arrestanten auf einer Polizeiwache, RG Warn 08 Nr 380. Vgl. ferner für Preußen: hinsichtlich landespolizeilich genehmigter Betriebsanlagen RG 59, 70; Gruch 44, 981 ff.; und wegen Läuten mit Kirchenglocken RG 56, 25. — Endlich kann trotz übermäßiger Immission zufolge reichsrechtlicher (vgl. § 26 GewO) oder landesgesetzlicher Sondervorschriften (vgl. EG Artt 67, 109, 124, 125, betr. Bergbau, Enteignung, nachbarrechtliche Beschränkungen, Eisenbahnen und andere Verkehrsunternehmungen) der Anspruch auf Beseitigung der Störung ausgeschlossen und nur ein Schadensersatzanspruch gegeben sein. Vgl. hierüber A 13.

2. Außer dem **Eigentümer des Grundstücks** muß die nicht übermäßige Einwirkung des § 906 auch derjenige dulden, der das Grundstück besitzt (z. B. Pächter, Nießbraucher).

3. Unter **Zuführung** ist, wie sich aus der Gegenüberstellung mit „Leitung" im Satz 2 ergibt, eine von menschlichem Zutun unabhängige (s. A 1, 6), natürliche Verbreitung der unwägbaren Stoffe über die Grenze hinaus zu verstehen (M 3, 265; Prot 3, 124). — Abführungen, Entziehungen von Stoffen, insbesondere von Luft, Grundwasser u. dgl., fallen nicht unter § 906 (**RG** JW 08, 142[2]; 09 S. 161[10], 174[26]; Warn 1913 Nr 96; Gruch 57, 902; vgl. A 1 u. A 5 „Wasser").

4. Vgl. namentlich über Einwirkungen durch Zuführung von: **Gasen: RG** 63, 374 (Gase aus gebrochenem Rohrnetz einer Gasanstalt), JW 1912, 752[17] (Gase aus einer chemischen Fabrik); **Dämpfen, Rauch, Ruß: RG** 58, 130; 63, 376; 65, 70; 70, 155; JW 05, 131[1]; Gruch 49, 1132; Warn 1914 Nr 190; 1915 Nr 284 (infolge Eisenbahnbetriebs); **Gerüchen: RG** JW 04, 203[15] (von einem Hotel ausströmende Küchengerüche und Dünste); 70, 311 (Pumpstation; Warn 1914 Nr 189 (Knochenkocherei); Warn 1915 Nr 83 (Dunggestank aus einer Gänsemästerei); Warn 1915 Nr 285 (Bedürfnisanstalt auf städtischer Straße); OLG 18, 122 (Straßenkanäle); **Wärme: RG** JW 05, 495[21] (Einwirkung eines Dampfkessels auf einen Eiskeller); **Geräuschen und Erschütterungen: RG** 70, 311 (Pumpstation); 76, 310 (Freibad); 57, 224; Warn 1910 Nr 118; 1915 Nr 284 (von einem Straßenbahndepot oder einem Eisenbahn-Rangierbahnhof ausgehendes Geräusch); 59, 71 (Geräusch von elektrischen Hochbahnen); Warn 1915 Nr 141 (Hochofenwerk); OLG 29, 337 (großer Pferdestall einer Brauerei an der Straße); JW 04, 175[18]; 05, 231[9] (Kegeln); 08, 682[14] (Schießstand); 09, 50[15] (lärmende Gesamtwirkung mehrerer Maschinen im Fabrikbetriebe); 1910, 654[13] (Quaken von Fröschen in Teichanlagen); Warn 1915 Nr 83; 1917 Nr 244 (Schnattern der Gänse aus einer Gänsemästerei); Warn 1912 Nr 342; 25. 6. 10 V 506/09 (Geräusche während der Dauer des Baues eines Kanals, einer Eisenbahn); Warn 1917 Nr 245 (Geräusche von dem Küchenbetriebe in einem Restaurant); Gruch 57, 1001; Warn 1916 Nr 138 (Musik und Gesang in einem Restaurationsgebäude); Gruch 58, 1024 (Kindergeschrei aus einem Säuglingsheim).

5. **Ähnliche Einwirkungen,** die sinnlich wahrnehmbar sind (s. A 1) und sich durch die Luft oder sonst auf natürlichem Wege verbreiten, sind z. B. Staub (**RG** JW 1910, 654[12]; 1912, 31[15]; vgl. SeuffA 42 Nr 100; 48 Nr 247, auch **RG** 60, 140, Sand von Sandkippen); Flugasche (**RG** 40, 182; JW 08, 11[12]; 1910, 20[29]; 1912, 31[15]; Warn 1919 Nr 172); Funken (**RG** 17, 103; 58, 130; JW 1910, 20[29]; Warn 1913 Nr 226; 1914 Nr 190; 1916 Nr 168; vgl. jedoch JW 1910, 619[13], wonach Funkenauswurf nicht zu den Einwirkungen gehört, die § 906 unter Umständen zuläßt); künstlich erzeugte starke Kälte (**RG** VI 77/01); schädliche Ausdünstungen (z. B. von einer Bedürfnisanstalt, einer Dunggrube, **RG** 37, 172; JW 00 Beil 25; Warn 1915 Nr 83, 285; SeuffA 58 Nr 8). — Dagegen fällt **nicht** unter § 906, weil es sich nicht um unwägbare Stoffe handelt, die sich auf natürlichem Wege verbreiten, das Eindringen von **festen Körpern** (wie Tieren, z. B. Bienen, Tauben, **RG** 76, 132; vgl. jedoch **RG** 12, 174; a. M. hinsichtlich Eindringen von Bienen OLG 26, 23; Steinen aus einem Steinbruche, **RG** 76, 132; Warn 1918 Nr 55; Kugeln von einem Schießplatze, **RG** Warn 1911 Nr 330, vgl. jedoch **RG** Gruch 45, 1016, sowie § 907 A 7) und von **Flüssigkeiten,** die nicht in der Luft aufgelöst sind (M 3, 265; **RG** Warn 1913 Nr 15; V 46/11). In diesen Fällen unterliegt der Eigentümer den Beschränkungen des § 906 nicht, vielmehr kann er nach §§ 903, 905, 1004 derartige Einwirkungen unbedingt verbieten (**RG** Warn 1918 Nr 55). Jedoch kann ihm auch in dieser Hinsicht durch sonderrechtliche Bestimmung die Duldungspflicht auferlegt sein. Vgl. hierüber, sowie über die dann zustehenden Schadensersatzansprüche A 13. — Was insbesondere den Ab- und Zulauf von **Wasser** anlangt, so bestimmt sich die Zulässigkeit einer solchen Einwirkung gemäß Art 65 EG nach Landesrecht (**RG** Warn 1913 Nr 15; z. B. auch hinsichtlich: Überschwemmungen bei Hochwasser eines Flusses, **RG** JW 1912, 391[12]; der Einwirkungen von einer mit einem Eisenbahnbetriebe zusammenhängenden Entwässerungsanlage, **RG** Warn 1910 Nr 447; Einwirkungen von Stauanlagen, insbesondere auf uferanliegende Grundstücke, **RG** 90, 49; 90, 61; 93, 104; Entziehung unterirdischer Wasser, **RG** Warn 1913 Nr 96; V 100/09; OLG 26, 19; 26, 336; 34, 173; Entziehung von Quellen, **RG** Warn 1913 Nr 153). Vgl. für **Preußen** § 102 ALR I 8 und Vorflutedikt v. 15. 11. 1811, wonach jeder Eigentümer befugt ist, seine Grundstücke gegen das außerhalb der Kanäle und Gräben wild ablaufende Wasser (feuchte Niederschläge der Luft) zu decken (**RG** 24, 214; 32, 285; JW 97, 121[60]; V 34/98), der oberhalb liegende anderseits nicht verpflichtet ist, solches Wasser vom Nachbargrundstücke abzuhalten, er vielmehr sein Grundstück verändern darf, auch wenn dadurch der Abfluß solchen Wassers nach dem Nachbargrundstücke vermehrt wird (**RG** 24, 212; OLG 29, 336), es sei denn, daß die Veränderungen das Gemeinübliche überschreiten (**RG** Gruch 37, 1006; OLG 29, 236), er jedoch das Wasser nicht durch künstliche Anlagen ableiten darf (**RG** 24, 213; 57, 19); 59, 138; Gruch 30, 935; 35, 405; 45, 1008; JW 00 S. 449[30], 673[41]; V 179/02; OLG 29, 236). Vgl. ferner §§ 99ff. ALR I 8 und Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse v. 28. 2. 1843, wonach auch der ordentliche und gewöhnliche Ablauf des Grundwassers und Quellwassers durch Gräben und Kanäle keine unzulässige Einwirkung enthält (**RG** Gruch 24, 430; 35, 404; JW 00, 673[41]), aber der Eigentümer Gruben-

wasser und sonstige Abwässer in den Gräben, sowie chemisch zersetztes Grundwasser nicht aufzunehmen braucht, da die Gräben nicht wie die Privatflüsse die natürlichen Aufnehmer solchen künstlich fortgeschafften Wassers sind (**RG** 57, 190; 59, 138; Gruch 48 S. 940, 1123) und auch die Verunreinigung der im Eigentume der Uferanlieger stehenden Privatflüsse nicht über das Gemeingewöhnliche hinaus erfolgen oder üble Gerüche verbreiten darf, widrigenfalls Klage auf Unterlassung (§§ 903, 1004), und im Falle Verschuldens Klage auf Schadensersatz (§ 823) gegeben ist (**RG** 16, 178; 21, 298; 38, 268; 53, 43; Gruch 32, 889; 45, 1010; 48, 1123; JW 01 S. 18[27], 52; 02 Beil 240; 1912, 31[15]; Warn 1913 Nr 15, 181; V 322/03). Jetzt ist in dem Wassergesetz v. 7. 4. 1913 nach den vorbezeichneten Richtungen hauptsächlich folgendes bestimmt: Es ist verboten, Erde, Sand, Schlacken, Steine, Holz, feste und schlammige Stoffe sowie tote Tiere in einen Wasserlauf einzubringen (§ 19 Abs 1 Satz 1). Wer Wasser oder andere flüssige Stoffe über den Gemeingebrauch hinaus in einen Wasserlauf einleiten will, hat dies vorher der Wasserpolizeibehörde anzuzeigen, die über die Zulässigkeit entscheidet (§ 23 Abs 1). Für den Schaden, der durch unerlaubte Verunreinigung eines Wasserlaufs entsteht, haftet der Unternehmer der Anlage, von der die Verunreinigung herrührt (§ 24 Abs 1 Satz 1.) Jedermann ist gestattet, in die natürlichen Wasserläufe erster, zweiter und dritter Ordnung Wasser sowie die in der Haushaltung und Wirtschaft entstehenden Abwässer einzuleiten, wenn dadurch andere nicht benachteiligt werden (§ 25 Abs 1, 2). Durch den Gemeingebrauch von Wasserläufen erster Ordnung darf anderen der Gemeingebrauch nicht unmöglich gemacht oder erheblich erschwert werden (§ 37). Die Eigentümer von Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung (nämlich die Uferanlieger; die Wasserläufe erster Ordnung stehen im Eigentume des Staates, §§ 7, 8) dürfen ferner zum Nachteil anderer weder die Vorflut verändern noch das Wasser verunreinigen und nicht den Wasserstand derart verändern, daß andere in der Ausübung ihrer Rechte am Wasserlaufe beeinträchtigt oder fremde Grundstücke beschädigt werden (§ 41). Durch Verleihung können aber weitergehende Rechte erworben werden (§§ 46 ff.). Bezüglich der Gewässer, die nicht zu den Wasserläufen gehören, ist u. a. bestimmt: Der Eigentümer eines Grundstücks darf: den Ablauf des oberirdisch außerhalb eines Wasserlaufs abfließenden Wassers nicht künstlich so verändern, daß die tiefer liegenden Grundstücke belästigt werden (§ 197 Abs 1); solches von einem anderen Grundstück abfließendes Wasser von seinem Grundstück abhalten (§ 198 Abs 1); das unterirdische Wasser nicht dauernd in weiterem Umfang als für die eigene Haushaltung und Wirtschaft zutage fördern, wenn dadurch der Wassergewinnungsanlage oder der benutzten Quelle eines anderen das Wasser entzogen oder wesentlich geschmälert oder wenn die bisherige Benutzung des Grundstücks eines anderen erheblich beeinträchtigt wird (§ 200 Abs 1).

6. Die Einwirkung muß **vom anderen Grundstück** ausgehen. Daher fällt z. B. Lärm durch Ansammlung des Publikums auf der Straße infolge eines Gewerbebetriebs auf dem anderen Grundstücke nicht unter § 906 (**RG** 57, 240). Ebensowenig die Einwirkung vagabundierender elektrischer Ströme einer elektrischen Straßenbahn auf eine Gasrohranlage, da weder die Anlagen Grundstücke sind noch die Inhaber der Anlagen als Grundeigentümer in Betracht kommen (**RG** 81, 216). — Das andere Grundstück braucht aber nicht benachbart zu sein (**RG** 50, 322). — Das **Ausgehen** von dem anderen Grundstücke braucht nicht auf menschlicher Tätigkeit zu beruhen. Vielmehr können die Einwirkungen auch in Naturereignissen (z. B. Haldeneinstürzen bei anhaltenden Regengüssen) bestehen (**RG** 51, 408; JW 1910, 654[13]; Gruch 54, 156; SeuffA 60 Nr 103). Ferner können die Einwirkungen auch auf andere Weise als durch Naturgesetze und unbelebte Naturkräfte vermittelt werden, z. B. durch das Wachstum von Pflanzen (**RG** JW 1910, 654[13]) oder durch Äußerungen tierischer Tätigkeit (z. B. Quaken von Fröschen, Schnattern von Gänsen, **RG** JW 1910, 654[13]; Warn 1915 Nr 83). Vgl. hierzu A 1.

7. Nicht verbieten, d. h. der Eigentümer darf wegen der Einwirkungen die Eigentumsfreiheitsklage (§ 1004) nicht anstellen; er kann aber Maßregeln zur Abwehr der Einwirkungen treffen (z. B. Schutzwände errichten, M 3, 268). Dazu verpflichtet ist er jedoch nicht (**RG** JW 98, 447[39]). Z. B. braucht der durch Geräusche beeinträchtigte Eigentümer nicht die Fenster beständig geschlossen zu halten (**RG** Warn 09 Nr 359). — Liegen die Voraussetzungen des § 906 (Unwesentlichkeit der Beeinträchtigung oder Ortsüblichkeit der Grundstücksbenutzung) nicht vor, so ist der Eigentümer die Einwirkungen von dem Nachbargrundstück nach dem Grundsatz des § 903 auch dann nicht zu dulden verpflichtet, wenn die betreffende Benutzung des Nachbargrundstücks einem Wohlfahrtszwecke dient (**RG** 70, 313; Gruch 58, 1026; [Warn 1914 Nr 289]).

8. Aus den Worten **insoweit . . . als** folgt, daß gegenüber der Regel des § 903 derjenige, der die Zulässigkeit der Einwirkung geltend macht, die Voraussetzungen für die nach § 906 Satz 1 ausnahmsweise Zulässigkeit nachweisen muß (Prot 3, 125; 6, 225; **RG** 57, 228; 64, 365; JW 01, 640; 02 Beil 202; 08, 682[14]; 1910, 20[29]; 1911, 325[20]; 1911,

326[21]; Warn 08 Nr 641; 1912 Nr 215; 1915 Nr 141, 284; 1917 Nr. 244; V 458/03; 23. 1. 11 V 251/10).

9. Es kommt nicht bloß die regelmäßige oder bisherige, sondern auch jede neue Art der **Benutzung des Grundstücks, auf das eingewirkt wird,** in Betracht (Prot 3, 125). Z. B. kann es für die Frage der wesentlichen Beeinträchtigung von Erheblichkeit sein, ob das Grundstück nur Ackerland ist, dessen künftige Bebauung in keiner Aussicht steht, oder es zwar auch unbebaut, aber doch als Bauland geeignet und bestimmt ist (RG 70, 311).

10. Ob die Benutzung nur **unwesentlich beeinträchtigt** ist, muß nach einem allgemeingültigen Maßstab in jedem einzelnen Falle bestimmt werden (RG 70, 313; JW 1911, 325[20]). Dabei ist das Empfinden des normalen Durchschnittsmenschen maßgebend (RG 57, 224; JW 04 S. 143[12], 203[15], 384[6]; Warn 1910 Nr 446; SeuffA 45 Nr 396; 52 Nr 269; Gruch 48, 941). Einmalige vorübergehende Beeinträchtigungen sind nicht wesentlich, wohl aber können es regelmäßig wiederkehrende sein (RG SeuffA 48 Nr 394). Dauernde Beeinträchtigung ist zur Annahme der Wesentlichkeit nicht erforderlich (RG 57, 227; JW 1911, 587[33]; V 369/03). Eine wesentliche Beeinträchtigung kann sich z. B. durch die Benutzung einer Anlage auf dem anderen Grundstück dann ergeben, wenn die Anlage in unmittelbarer Nähe des beeinträchtigten Grundstücks sich befindet (RG Warn 1911 Nr 187; 1912 Nr 215; vgl. A 11a). Die von einem Eisenbahnbetriebe ausgehenden Einwirkungen können, auch wenn sie Beeinträchtigungen in erheblichem Maße bewirken, regelmäßig nur dann als unzulässig erachtet werden, wenn die Erheblichkeit der Beeinträchtigung in einer außergewöhnlichen Art und Weise des Betriebes ihren Grund hat (RG 70, 154; Warn 09 Nr 217; 1910 Nr 118; vgl. A 11a). Jedoch kann auch hier eine wesentliche Beeinträchtigung anzunehmen sein, wenn die Eisenbahn in außergewöhnlicher Nähe am beeinträchtigten Grundstück vorüberführt (RG Warn 1914 Nr 190). — Finden bereits anderweit Einwirkungen (z. B. Eindringen übler Gerüche) statt und wird der aus diesen Einwirkungen sich ergebende Gesamtzustand des Grundstücks durch das Hinzutreten der streitigen, gleichartigen Einwirkungen nicht erheblich verändert, so sind diese Einwirkungen nicht für wesentlich zu erachten (RG JW 1910, 149[14]).

11. Auch eine wesentliche Beeinträchtigung kann nicht verboten werden, wenn sie durch eine ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird.

Voraussetzung für die Duldungspflicht ist:

a) Gewöhnlichkeit der **Benutzung des anderen Grundstücks.** Es muß also die die Einwirkung herbeiführende Benutzung des schädigenden Nachbargrundstücks eine der Benutzung anderer Grundstücke in der Umgebung gleiche oder doch im wesentlichen gleichartige sein (RG JW 1910, 941[18]; Warn 1910 Nr 446; 1912 Nr 215; 1915 Nr 284; 1917 Nr 244; Gruch 53, 1033; 58, 1026; OLG 34, 172). Dabei ist sowohl auf die Art und Weise als auch auf das Maß der Benutzung zu sehen (RG JW 1911 S. 326[21], 587[33]; Gruch 58, 1026; Warn 1914 Nr 190; 1915 Nr 284, 285; Nachtbetrieb: RG 57, 224; JW 02 Beil 202; keine Steigerung der ortsübliche Einwirkungen verursachenden Benutzung: RG JW 03 Beil 103; 1910, 941[18]; 1911, 326[21]; Warn 09 Nr 216; Gruch 47, 952), wobei sich hinsichtlich Einwirkungen von einer Anlage aus ergeben kann, daß, wiewohl die Anlage (z. B. eine Bedürfnisanstalt auf städtischer Straße) ebenso eingerichtet ist wie gleiche Anlagen auf anderen Grundstücken dieser Lage, doch ihre Benutzung nach Art und Maß eine ungewöhnliche ist (RG Warn 1915 Nr 285). So z. B. müssen die Straßenanwohner das allgemeine ortsübliche Geräusch einer Straßenbahn sich gefallen lassen, dagegen nicht das in der Nähe der Depots bis in die Nacht hinein andauernde Geräusch (RG 57, 224). Das gleiche gilt hinsichtlich eines Eisenbahnbetriebs einerseits in Außenbezirken einer Großstadt, anderseits auf einem Rangierbahnhof (RG 70, 154; Warn 1910 Nr 118) oder in einer außergewöhnlichen Nähe des beeinträchtigten Grundstücks (RG Warn 1914 Nr 190; 1915 Nr 284; vgl. A 10). Ferner kann eine Einwirkung auf ein Nachbarhaus deshalb ungewöhnlich sein, weil sie durch den Betrieb einer Anlage verursacht wird, die unmittelbar an das Haus anstößt (RG Warn 1911 Nr 187; 1912 Nr 215; 16. 3. 09 V 248/09; 12. 9. 10 V 431/09; vgl. A 10). — Nicht in Betracht kommt, ob und in welcher Weise auch von anderen Grundstücken Einwirkungen auf das beeinträchtigte Grundstück stattfinden (RG Warn 1910 Nr 446), sofern sie durch Benutzungen herbeigeführt werden, die andersgeartete wie die in Frage stehenden sind (RG Warn 1917 Nr 244). Ebensowenig, ob die überwiegende Mehrheit der Einwohner des Ortes Einwirkungen der betreffenden Art erträgt (RG JW 1910, 941[18]; s. unten e). Ferner kommt es auf die Art der Benutzung des leidenden Grundstücks (z. B. ob zu Wohn- oder zu Arbeitszwecken) nicht an (RG Warn 1911 Nr 187). Auch nicht auf die Wirkungen, die auf dieses Grundstück die Benutzung des schädigenden Grundstücks ausübt (RG Gruch 57, 1005).

b) **Nach den örtlichen Verhältnissen** muß die Benutzung gewöhnlich sein. Es kommt also darauf an, ob die örtlichen Verhältnisse sachlich (objektiv) derartige sind, daß die Benutzung als eine gewöhnliche zu gelten hat. Z. B. ist die Anschauung der Polizeibehörde über die Ortsüblichkeit nicht maßgebend (RG JW 05, 231[9]). Jedoch kann auf eine gutachtliche

Äußerung der Polizeibehörde, wenn sie der Volksanschauung entspricht, die Annahme der Ortsüblichkeit gegründet werden (RG Warn 1913 Nr 227).

c) **Bei Grundstücken** muß die als eine gewöhnliche erforderte Benutzung stattfinden. Daher kommt es auf eine gleichartige Benutzung bei einer Mehrheit von Grundstücken an (RG 57, 229; JW 1910, 236[15]; Gruch 48, 605). Jedoch ist die Frage, ob mehrere Grundstücke vorliegen, hier nicht nach der Eintragung im Grundbuch, sondern nach wirtschaftlichen Rücksichten und nach der selbständigen Bedeutung der Grundflächen zu entscheiden (RG 70, 153; JW 1910, 236[15]). Daher kann z. B. eine einheitliche Eisenbahn- oder Straßenbahnanlage in dieser Beziehung einer Mehrheit von Grundstücken gleichgeachtet werden (RG 70, 154; Warn 1910 Nr 118; 1915 Nr 284). Nicht erforderlich ist, daß die Benutzungsart auf allen Grundstücken der betreffenden Gegend stattfindet (z. B. Kegeln, RG JW 05, 231[9]; Gruch 48, 605); auch nicht, daß die Benutzungsarten auf den mehreren Grundstücken genau die gleichen sind (RG Gruch 53, 1033; s. oben a).

d) In **der Lage** des beeinträchtigenden Grundstücks muß die betreffende Benutzung bei Grundstücken gewöhnlich sein. Maßgebend sind daher in der Regel die Verhältnisse der Stadt oder des Dorfes, in dem das Grundstück liegt (RG JW 1910, 149[14]; 1910, 236[15]; SeuffA 60 Nr 199). Jedoch deckt sich der Kreis der für die Vergleichung hinsichtlich der betreffenden Benutzungsart in Betracht kommenden Grundstücke nicht stets mit dem Umfang einer Ortschaft (RG JW 1916, 149[14]; Warn 1919 Nr 64). Vielmehr ist maßgebend, inwieweit nach allgemeiner Anschauung Grundstücke im Umkreise der beeinträchtigenden Anlage in der fraglichen Beziehung als zusammengehörig gelten. Danach wird der Kreis je nach der Lage des Einzelfalls auch ein weiterer oder engerer als der der Ortschaft sein können (vgl. RG 70, 154; JW 1910, 149[14]; 1910, 236[15]; 1910, 941[18]; 1916, 149[14]; Warn 1910 Nr 446; 1915 Nr 285; 1919 Nr 64; 31. 1. 06 V 313/05; 15. 12. 06 V 191/06; 22. 12. 09 V 69/09). Jedoch darf die Ausscheidung einer bestimmten Lage aus dem gesamten Ortschaftsgebiete als eine Ausnahme nicht zu willkürlich erfolgen (RG Warn 1919 Nr 64). So wird es, um einem Gebietsstreifen, zumal von verhältnismäßig nur unbeträchtlichem Umfange, die Bedeutung einer besonderen Lage innerhalb eines Stadtgebietes beilegen zu können, nicht ausreichen, wenn nichts weiteres vorliegt, als daß die innerhalb seiner obwaltenden Bebauungs- und Benutzungsverhältnisse sich nicht völlig mit den entsprechenden Verhältnissen innerhalb der angrenzenden Gebiete decken (RG Warn 1919 Nr 64). Vielmehr wird ein Ortsteil nur dann maßgebend sein, wenn er durch die Bebauungsart (z. B. Villenviertel) oder die Art der dort betriebenen Gewerbe (z. B. Fabrikviertel) ein charakteristisches, von anderen Stadtteilen in erkennbarer Weise unterschiedenes Gepräge trägt (RG JW 08, 11[12]; 1910, 149[14]; Gruch 48, 604; Warn 1915 Nr 285; OLG 29, 338). Der Eigentümer eines Gartens in einem Fabrikviertel muß sich z. B. wesentliche Beeinträchtigungen durch Ruß gefallen lassen. Der Eigentümer einer Wiese, der diese als Bleiche benutzen will, braucht aber nicht den Ruß von einer auf freiem Felde befindlichen einzelnen Fabrik zu dulden (Prot 3, 125). Einwirkungen von einem landwirtschaftlichen Großbetriebe inmitten einer Stadt können ortsüblich sein, wenn in Städten eines fest bestimmten, wenngleich räumlich weit umfassenden Bezirks (z. B. im Gebiete des Harzes) gleichartige Betriebe stattfinden (RG JW 1910, 149[14]). Auch ein einziger Fabrikbetrieb kann unter Umständen, wenn er von überwiegender Bedeutung und Ausdehnung ist, der Gegend den Charakter einer Fabrikgegend aufdrücken (RG Warn 1912 Nr 215; Gruch 55, 105). Dies jedoch nicht, wenn der Betrieb nur von kurzer Zeitdauer ist (RG Warn 1912 Nr 215, auch Gruch 55, 110; 24. 6. 11 V 2/11).

e) **Gewöhnlich** muß die einwirkende Benutzung sein. Der Begriff der Gewöhnlichkeit (Ortsüblichkeit) ist wesentlich tatsächlicher Natur (RG JW 03 Beil 86; Gruch 46, 370; Warn 1916 Nr 138). In Betracht kommt dabei auch, ob nach allgemeiner Anschauung der Bevölkerung die Benutzung eine ortsübliche ist (vgl. RG JW 05, 231; Warn 1913 Nr 227). Jedoch ist zur Feststellung der Ortsüblichkeit nicht etwa stets die Ermittlung einer entsprechenden Auffassung der Bevölkerung erforderlich (RG Warn 1916 Nr 139). Ferner ist die Entscheidung über die Frage der Statthaftigkeit der Benutzung nicht darauf abzustellen, ob die Einwirkung nach Art und Stärke von einem objektiv denkenden Beurteiler als für den betreffenden Bezirk fremdartig, als mit dem Charakter der Bewohnung und Grundstücksbenutzung nicht im Einklange stehend, empfunden wird, in dem Sinne, daß der Eigentümer an Einwirkungen alles dulden müßte, was nicht die Wirkung einer Änderung in dem Charakter der Gegend, ihrer Bewohnung und Benutzung habe; einerseits kann auch eine Einwirkung, die eine solche Änderung nicht herbeiführt, eine ungewöhnliche sein, und anderseits kann auch eine fremdartige Einwirkung dadurch, daß sie zunächst ohne Widerspruch hingenommen wird, in allmählicher Entwicklung der Verhältnisse zu einer gewöhnlichen (üblichen) geworden sein (vgl. RG Gruch 58, 1025). Ist die Benutzung eine nicht ordnungsmäßige, sondern eine regelwidrige, so kann die Verneinung der Gewöhnlichkeit (Ortsüblichkeit), auch wenn sonst die Benutzung als ortsüblich anzusehen wäre, gerechtfertigt sein, wie z. B., wenn unmittelbar an der Nachbarwand Betriebe stattfinden, ohne daß zur Abwendung von Störungen leicht

anzubringende und übliche Vorkehrungen getroffen sind (RG Gruch 57, 1004). — Die Gewöhnlichkeit der Benutzung wird aber nicht dadurch ausgeschlossen, daß Nachbarn gegen diese Benutzungsart auf anderen Grundstücken mündlich Widerspruch erhoben haben (RG Gruch 53, 1034).

Der Grundsatz des besseren Rechtes zufolge früheren Bestehens (der Prävention) bleibt außer Anwendung (RG 57, 229; 70, 152; JW 05, 495[21]; Gruch 45, 1013). Vielmehr ist, wie aus den Worten „herbeigeführt wird" und „gewöhnlich ist" sich ergibt, immer der Zeitpunkt der Klagerhebung und nicht eine bereits vergangene Zeit maßgebend (RG 64, 363; JW 1910, 472[11]; Warn 1911 Nr 243; OLG 6, 111; 18, 125; 34, 172). Der Beeinträchtigte braucht daher die Einwirkung nicht deshalb schon zu dulden, weil er sein Grundstück erst später als der Einwirkende sein Grundstück erworben oder bebaut oder sonst verändert hat, und auch nicht deshalb, weil erst durch eine Veränderung die Einwirkung beeinträchtigend geworden ist (RG 57, 229; 70, 152; 81, 216; JW 01, 19[30]; Warn 1911 Nr 243; 1913 Nr 227; 1917 Nr 244; Gruch 45, 1013), sowie deshalb nicht, weil der bei der Beeinträchtigung mitwirkende Zustand des schädigenden Grundstücks (z. B. eine dünne Brandmauer) schon früher bestand (RG Gruch 57, 1005). Hat anderseits der Einwirkende seinen Betrieb gesteigert, so muß er nachweisen, daß die Einwirkungen zufolge des erweiterten Betriebs ebenfalls ortsüblich sind (RG 57, 227; JW 02 Beil 202; 03 Beil S. 86, 103; Warn 1910 Nr 386; 1915 Nr 141, 284; Gruch 47, 952). Ferner ist eine in früherer Zeit, insbesondere zur Zeit der Errichtung des Betriebs vorhanden gewesene, jetzt aber infolge Veränderung der Verhältnisse (z. B. eine Fabrikgegend ist in ein Villenviertel umgewandelt) nicht mehr vorhandene Ortsüblichkeit nicht genügend (RG 64, 363; JW 1910, 472[11]; Gruch 46, 373).

12. Die **Zuführung durch eine besondere Leitung** ist auch dann unzulässig, wenn die Einwirkung das Grundstück nicht wesentlich beeinträchtigt. Durch das Bestehen der Zuleitung schon vor der Besitzzeit des die Beeinträchtigung geltend machenden Eigentümers wird das Verbot der Zuleitung nicht ausgeschlossen (SeuffA 46 Nr 248; 56 Nr 104; vgl. A 11 a. E.).

13. **Ansprüche des Eigentümers wegen unzulässiger Einwirkungen.** Sind von dem anderen Grundstück Einwirkungen ausgegangen, die nicht im Sinne des Satz 1 unwesentlich noch ortsüblich oder die nach Satz 2 unzulässig sind, so kann der beeinträchtigte Eigentümer gemäß §§ 903, 905, 1004 gegen die Störung klagend vorgehen (RG 58, 131; JW 00, 640). Erforderlich hierzu ist, daß eine Beeinträchtigung durch Einwirkungen bereits stattgefunden hat (RG Warn 1911 Nr 330). Aber eine besondere Häufigkeit und Dauer der Einwirkungen ist nicht Voraussetzung (RG 57, 227; JW 1911, 587[33]; z. B. genügen Einwirkungen in der Zeit des Baues eines Kanals, einer Eisenbahn, RG Warn 1912 Nr 342; 25. 6. 10 V 506/09). Ebensowenig, daß der Eigentümer infolge der Einwirkungen unmittelbar einen Vermögensschaden (z. B. bei einem Hausgrundstück etwa einen Mietzinsausfall) erleidet (RG JW 1911, 587[33]). — Die Klage geht auf **Beseitigung der Störung** und im Falle der Besorgnis weiterer Störung auch auf **Unterlassung der Einwirkungen** oder auf Herabminderung der Einwirkung auf ein Maß, das nur unwesentliche Beeinträchtigungen zur Folge hat oder auch durch eine gemeingewöhnliche Benutzung herbeigeführt wird (vgl. RG JW 02 Beil 202; 06, 749[21]; 08, 682[14]; Warn 08 Nr 159). Klage und Urteil können allgemein auf Unterlassung übermäßiger Einwirkungen oder auf Herstellung geeigneter Einrichtungen zur Verhinderung solcher Einwirkungen gerichtet sein; eine Bezeichnung bestimmter einzelner zu diesem Zweck zu treffenden Maßregeln ist nicht erforderlich und die Beschränkung auf bestimmte Maßnahmen auch, weil dem Beklagten die Möglichkeit gegeben werden muß, die ihm selbst geeignet erscheinenden Abhilfmittel anzuwenden, nicht einmal überall zulässig (RG JW 00 S. 501, 840[6]; 01, 849[32]; 02 Beil 203; 03 Beil 103; 06, 749[21]; 08, 682[14]; 1910, 337[19]; 1911, 325[20]; Warn 1910 Nr 337; 1913 Nr 181; 1917 Nr 245; 1919 Nr 172; Gruch 46, 999). In der Zwangsvollstreckungsinstanz müssen aber die erforderlichen Maßregeln im einzelnen angegeben werden, weil es sonst an einer Grundlage für die Prüfung der Frage fehlen würde, ob die Voraussetzungen des § 887 oder des § 888 ZPO vorliegen, und ferner, ob der Schuldner alles in seinen Kräften Stehende zur Erfüllung der ihm gemachten Auflage getan hat (RG 60, 120; JW 03 Beil 77; Gruch 43, 683; 47, 916; Warn 1919 Nr 172). — Die Klage kann, abgesehen von dem Falle des § 907, auch auf Einstellung des Betriebs oder auf Beseitigung der Anlage (z. B. einer Bedürfnisanstalt) gehen, wenn auf andere Weise die unzulässige Einwirkung nicht beseitigt werden kann (RG JW 00, 640).

Aus sonderrechtlichen Bestimmungen ergeben sich **Beschränkungen des Anspruchs.** Dies gilt zunächst **nach § 26 RGewO.** Ist eine die beeinträchtigende Einwirkung verursachende gewerbliche Anlage mit obrigkeitlicher Genehmigung (§§ 16, 24 GewO; vgl. RG 11, 183; 37, 174; 40, 182; 49, 85; 63, 377; 90, 49; 90, 61; 93, 102; JW 00, 895[7]; Warn 08 Nr 521; 1918 Nr 55 [Nebenanlagen, die nicht nur zufällig räumlich mit der genehmigten Anlage verbunden sind, sondern notwendige Bestandteile der Hauptanlage bilden und zur zweck-

entsprechenden Herstellung der Hauptanlage oder zu deren Betrieb unbedingt notwendig sind, werden von der Genehmigung des § 16 und dem Schutze des § 26 GewO mitumfaßt]; Gruch 46, 1097; 54, 640; SeuffA 50 Nr 336; auch vor Inkrafttreten der GewO obrigkeitlich genehmigte Anlagen, wenn sie, wie eine Knochenkocherei, zu denjenigen gehören, die nach § 16 GewO der behördlichen Genehmigung bedürfen, RG Warn 1914 Nr 189) errichtet, so kann nicht (mit einer Klage auf Grund des Eigentums gemäß § 1004, s. Abs 3; im Falle eines besonderen privatrechtlichen Titels, wie Vertrag, findet § 26 GewO keine Anwendung, RG 93, 103; hier greifen die bei jener Klage nicht anwendbaren Grundsätze über nachträglich eingetretene Unmöglichkeit nach § 275 Platz, RG 93, 105) auf Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern nur geklagt werden auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachteiligende Wirkung ausschließen (RG 11, 183; 37, 174; 40, 182; JW 00, 895[7]; SeuffA 50 Nr 336) oder auf ein erträgliches Maß herabsetzen (RG JW 96, 210[37]; 00, 895[7]; 02 Beil 202; OLG 36, 157), und wenn solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Gewerbebetriebe unvereinbar sind (vgl. hierüber [z. B. Aufrechterhaltung des Gewerbebetriebs nur bei Vornahme kostspieliger und mit erheblichen Betriebsstörungen verbundener Umbauten] RG 93, 103; Gruch 42, 137), auf Schadensersatz (RG 47 S. 98, 249; 50, 229; JW 09, 195[16]; Warn 1914 Nr 189); und zwar auf Ersatz des Schadens, der durch die gesamten Einwirkungen, nicht etwa nur des Schadens, der durch den über die Grenzen des § 906 hinausgehenden Teil der Einwirkungen verursacht wird (RG Warn 1911 Nr 404). Auf diesen Schadensersatzanspruch finden die §§ 823ff. nicht, wenigstens nicht unmittelbar Anwendung, da der Anspruch nicht auf einer unerlaubten Handlung beruht, er vielmehr an die Stelle des sonst gegebenen Anspruchs auf Einstellung des Betriebs tritt; insbesondere bedarf es des Nachweises eines Verschuldens nicht (RG 47 S. 98, 249; 58, 134; 59, 74; 63, 376; 70, 153; 90, 49; 90, 61; JW 05, 131[1]; 1910 S. 74[32], 580[15], 619[13]; Gruch 45, 1018; 49, 1134; 53, 1037; Warn 1915 Nr 81, 141). Auch die entsprechende Anwendung des § 840, wenn die Beeinträchtigung durch Einwirkung mehrerer Gewerbebetriebe erfolgt, ist, da es sich um eine unmittelbar durch Gesetz gebotene Schadloshaltung handelt, ausgeschlossen; jeder Einwirkende haftet nur für den von ihm verursachten Teil des Schadens, der vom Gericht gemäß § 287 ZPO nach freiem Ermessen zu schätzen ist (vgl. RG 36, 276; JW 01, 260[27]; Gruch 42, 853). Ist aber der Schadensersatzanspruch nicht Ersatz für den ausgeschlossenen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung, sondern wird Ersatz von Schäden verlangt, die auch mit der Klage auf Einstellung des Betriebs nicht hätten verhindert werden können (z. B. von Schäden, die in der Vergangenheit liegen), so ist Nachweis eines Verschuldens erforderlich (RG JW 05, 503[36]; 1912, 869[28]; Gruch 50, 411; Warn 1915 Nr 81). Wird ferner sonst der Schadensersatzanspruch auf ein Verschulden gestützt, so kommen die §§ 823ff., auch § 840, natürlich zur Anwendung. Im übrigen ist immer für alle vorbezeichneten Ansprüche Voraussetzung, daß die Einwirkungen über die nach § 906 zulässigen Grenzen hinausgehen, wobei die Fragen der Unwesentlichkeit und der Ortsüblichkeit der Zuführungen nicht anders zu beurteilen sind wie sonst (RG Warn 1913 Nr 144). Da es sich um Schadensersatz wegen Beschädigung einer Sache handelt, kann gemäß § 249 Satz 2 der Geldbetrag verlangt werden, der erforderlich ist, um den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Einwirkungen nicht stattfinden würden. Grundsätzlich ist danach, insbesondere zur Ausgleichung des Minderwerts, eine Kapitalabfindung zu gewähren; die Zubilligung einer zeitweise oder fortdauernd zu zahlenden Rente, wodurch regelmäßig das Ziel der Herstellung im Sinne jener Vorschrift nicht erreicht bzw. überschritten werden würde, wird nur unter ganz besonderen Umständen sich rechtfertigen lassen (RG 45, 203; Gruch 61, 804; JW 1918, 86[5]; Warn 1915 Nr 141; 1919 Nr 172). Der Ersatzpflichtige kann sich im Falle der Kapitalabfindung dagegen, daß er von einem Besitznachfolger des Ersatzberechtigten etwa noch einmal auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, dadurch schützen, daß er die Eintragung einer Grunddienstbarkeit betreffend Duldung der Einwirkungen verlangt (RG Warn 1915 Nr 141; vgl. über eine solche Grunddienstbarkeit § 1018 A 9, 4). Hinsichtlich der Verjährung findet § 852 Anwendung. Dabei sind die Betriebsmaßnahmen, wodurch die sich fortdauernd wiederholenden Einwirkungen verursacht werden, nicht als eine einzige Handlung anzusehen, die etwa mit der ersten Einwirkung begonnen hätte, sondern als selbständige, je für sich neue Beschädigungen verursachende Einzelhandlungen, mögen auch die schädlichen Folgen gleichartige sein und sich zeitlich mehr oder minder unmittelbar aneinander reihen, so daß durch jede Handlung eine neue dreijährige Verjährung in Lauf gesetzt wird (RG JW 1912, 31[15]; Warn 1914 Nr 189). — Im Falle von **Einwirkungen**, die von einem Grundstück **infolge Ausübung staatshoheitlicher Rechte** ausgehen (z. B. von einem Polizeiarrestlokal), können Vorkehrungen zur Verhütung der Einwirkungen ebensowenig verlangt werden wie Beseitigung einer etwaigen Anlage (RG 73, 270; 84, 303; Warn 08 Nr 380). Für einen solchen Anspruch (z. B. auf Unterlassung der Zuführung von Geräuschen und Erschütterungen durch eine zu elektrischer Strom- und Lichterzeugung dienende Dampfmaschine, die für den Unterrichtsbetrieb in einer staatlichen Maschinenbauschule bestimmt ist) ist überhaupt der Rechts-

weg ausgeschlossen (RG Gruch 60, 858; [Warn 1916 Nr 248]). Lediglich so viel kann im Rechtsweg erörtert werden, als es sich nur um Maßnahmen finanzieller Natur handelt (wie z. B. die Höhe der Schornsteine, Essen), durch die in den Betrieb nicht eingegriffen wird (RG Gruch 60, 859; [Warn 1916 Nr 248]). Auch ein Schadensersatzanspruch kann nur nach Maßgabe besonderer landesgesetzlicher Vorschriften (vgl. für Preußen §§ 74, 75 Einl zum ALR) gegeben sein (RG 73, 272, auch Gruch 60, 860). Vgl. die Beispiele in A 1 „auf Grund öffentlichen Rechtes". Das gleiche gilt von **Betrieben im öffentlichen Interesse, die behördlich genehmigt sind** (z. B. Artilleriewerkstatt, Eisenbahnanlagen, Postbetrieb, Kanalisation, Kanalbauten), mit der Maßgabe, daß die Vornahme von Vorkehrungen insoweit beansprucht werden kann, als keine wesentliche Änderung der genehmigten Betriebsanlage dadurch herbeigeführt würde (RG 44, 227; 59, 70; 62, 131; 73, 270; JW 1910, 619[13]; Warn 09 Nr 409; 1910 Nr 282; 1912 Nr 342; 1913 Nr 181; 13. 11. 09 V 585/08; vgl. auch RG 92, 49; Gruch 54, 635). Durch Art 125 EG ist der Landesgesetzgebung vorbehalten, die Vorschrift des § 26 GewO auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen zu erstrecken. Preußen hat von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht. Da die Eisenbahnbetriebe in Preußen der landespolizeilichen Genehmigung bedürfen, kommen bezüglich der Beseitigung von Einwirkungen die vorgenannten Grundsätze zur Anwendung (RG 58, 130; 59, 70; Warn 09 Nr 409; 1910 Nr 118, 208; 1911 Nr 404; 1917 Nr 143; Gruch 54, 1082; vgl. auch für Hamburg: Warn 1915 Nr 284). Was den Anspruch auf Schadensersatz anlangt, so haften nach § 25 des Ges. über Eisenbahnunternehmungen v. 3. 11. 38 die Eisenbahngesellschaften, auch ohne Nachweis eines Verschuldens, für alle „bei der Beförderung auf der Bahn" verursachten Schäden, mithin nach dieser Richtung auch für schädigende Einwirkungen auf benachbarte Grundstücke, und zwar selbst, wenn die Einwirkungen nach § 906 sonst erlaubt wären (vgl. RG Warn 1913 Nr 226; 1917 Nr 142). Hinsichtlich der nicht bei der Beförderung erfolgten Einwirkungen und ferner für die Rechtsgebiete, in denen das genannte Gesetz nicht in Geltung ist, sowie für Kleinbahnen (Ges. v. 28. 7. 92) ist aus den dem § 26 GewO, Art 9 der preuß. VerfU, § 75 Einl z. ALR, § 109 EnteignG, auch § 12 TelWG v. 18. 12. 99 zugrunde liegenden rechtlichen Gesichtspunkten zu entnehmen, daß dem Eigentümer, weil ihm durch die landespolizeiliche (auch bergbehördliche, RG Warn 1913 Nr 226) Genehmigung der benachbarten Eisenbahnanlage die Möglichkeit entzogen ist, auf Einstellung des Betriebs oder Unterlassung der Einwirkungen zu klagen, wegen solcher Einwirkungen, die über das nach § 906 zulässige Maß hinaus gehen, ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht, der zur Begründung nicht des Nachweises eines Verschuldens bedarf (RG 17, 103; 58, 130; 59, 71; 63, 376; 70, 152; 84, 303; JW 05, 131[1]; 07, 299[1]; 1910, 580[15]; 1910, 619[13]; 1912, 869[28]; Warn 1910 Nr 208; 1910 Nr 447; 1911 Nr 404; 1913 Nr 226; auch RG 7, 266; 32, 283; 37, 270; 53, 23; 62, 131; 78, 206). Über Anwendbarkeit der Frist des § 852 BGB auf die Verjährung dieser Schadensersatzansprüche vgl. RG 70, 150). Hinsichtlich übermäßiger Einwirkungen, die von Anlagen ausgehen, die dem Eisenbahnbetriebe dienen (wie z. B. Eisenbahnwerkstätten), ist aber Voraussetzung für den Ausschluß der Abwehrklage (und deren Ersatz durch Schadensersatzklage), daß die Anlagen nach Maßgabe eines auf Grund des § 4 EisenbG aufgestellten Planes ministeriell genehmigt worden sind. Wenn die Anlagen nicht in dieser Weise genehmigt sind, ist die Abwehrklage zulässig, mögen auch die Anlagen sich auf dem Eisenbahnkörper befinden (RG 31, 288; 62, 132; Warn 09 Nr 409; 1910 Nr 282; 1917 Nr 143; JW 1914, 937[25]). Dies gilt auch von solchen Anlagen, die, nach Fertigstellung einer Eisenbahnlinie gemäß dem ministeriell genehmigten Plane, neu errichtet oder wesentlich erweitert werden; sie bedürfen, um gegen eine Abwehrklage geschützt zu sein, einer neuen Genehmigung, auch wenn sie dem Betriebe der gemäß der früheren Genehmigung hergestellten Eisenbahnlinie dienen (RG 31, 288; 62, 132; JW 1914, 937[25]; Warn 1917 Nr 143). Sind aber die Anlagen genehmigt und durch diese Genehmigung für den Eisenbahnbetrieb bestimmt, so ist die Abwehrklage derart ausgeschlossen (und nur die Schadensersatzklage gegeben), daß es auch nicht der Nachprüfung der Gerichte unterliegt, ob die Anlagen die ihnen von der zuständigen Verwaltungsbehörde gegebene Bestimmung zu erfüllen geeignet sind oder nicht, sowie ob sie zweckmäßig an der betreffenden Stelle errichtet sind oder besser an einem anderen Orte hätten errichtet werden sollen (RG 31, 288; Warn 1917 Nr 143). Handelt es sich dagegen nicht um schädliche Einwirkungen im Sinne des § 906, sondern nur um Entwertung eines Nachbargrundstücks durch Herstellung von Anlagen der vorbezeichneten Art (z. B. Erweiterung von Festungswerken), so ist ein Schadensersatzanspruch überhaupt nicht gegeben (RG 84, 298). — Über die Frage, ob und inwieweit obige Grundsätze (hinsichtlich des Ausschlusses der Abwehrklage nach §§ 903, 906, 1004 und des Ersatzes durch einen Entschädigungsanspruch) auch gegenüber den von einem Bergwerksbetriebe ausgehenden Beeinträchtigungen (z. B. durch Zuführungen von Rauch, Ruß, Gasen aus den Betriebsmaschinen) Platz greifen (besonders mit Rücksicht auf § 54 PrAllgBergG), vgl. RG 72, 303; JW 1911, 338[45]; Warn 1910 Nr 446; 1915 Nr 161, 193; Gruch 55, 1168).

Abgesehen von diesen Fällen kann **Schadensersatz nur nach §§ 823ff.**, also insbesondere nur unter Nachweis eines Verschuldens, verlangt werden (RG 58, 131; 61, 256; 63, 375; OLG 10, 409). Ein Verschulden des Einwirkenden ist aber stets als vorhanden anzusehen, wenn er die unzulässigen Einwirkungen auf das Nachbargrundstück voraussehen konnte (RG 32, 341; Gruch 32, 890; 38, 712; 44, 869; V 25/04). — **Klageberechtigt aus § 1004** ist nicht nur der beeinträchtigte Eigentümer und (§ 1011) Miteigentümer, sondern auch der Erbbauberechtigte (§ 1017, VO v. 15. 1. 19 § 11), der Nießbraucher (§ 1065), der Dienstbarkeitsberechtigte (§§ 1027, 1090) und nach Maßgabe des § 1134 auch der Hypothekengläubiger. Mieter und Pächter dagegen können sich mangels eines dinglichen Rechtes nur an ihren Vermieter wegen Abwehr halten (§§ 537ff., 545); jedoch kann unter Umständen eine Besitzstörungsklage (§§ 868, 858, 862) gegen den Störer für sie gegeben sein (RG 59, 327). — **Beklagter** ist der Störer. Dies ist zunächst derjenige, durch dessen Benutzung des Nachbargrundstücks die Einwirkungen verursacht werden. Aber auch derjenige hat als Störer zu gelten, der durch Schaffung oder Bestehenlassen eines Zustandes auf dem Nachbargrundstücke, wenn auch nur mitwirkend, das die Einwirkungen verursachende Wirken der Naturkräfte ermöglicht hat, so daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Einwirkung und seiner Willensbetätigung, die nicht die alleinige Ursache zu sein braucht, festzustellen ist (RG 47, 164; 60, 140; 92, 25; JW 1910, 654[18]; 1912, 31; Warn 1917 Nr 245; Gruch 38, 952; 46, 653; 48, 950; SeuffA 60 Nr 140). Regelmäßig wird der Vertreter des Nachbargrundstücks, also der Eigentümer, als derjenige zu erachten sein, der für Überschreitungen des Gebrauchs- und Nutzungsrechts aufzukommen hat (RG 47, 164; Gruch 46, 653; 48, 951; Warn 1917 Nr 245). Jedoch kann auch ein anderer als der Eigentümer, sei es allein oder zusammen mit diesem, als Störer in Anspruch genommen werden, wenn er den die schädlichen Einwirkungen verursachenden Zustand auf dem Nachbargrundstück verursacht hat (RG Gruch 38, 952; Warn 1917 Nr 245). Z. B. kann gegen den Mieter, durch dessen Betrieb die Einwirkung erfolgt, die Klage erhoben werden (RG 45, 297; Warn 1917 Nr 245; 1918 Nr 116). Anderseits kann der Eigentümer auch dann Störer sein, wenn er die beeinträchtigende Handlung nicht selbst vorgenommen, aber trotz des ihm zustehenden Untersagungsrechts die Handlung eines Dritten (z. B. eines Mieters oder eines sonst zur Benutzung der Anlage von ihm Ermächtigten) geduldet hat, und er kann dann allein oder neben dem Dritten mit der Klage in Anspruch genommen werden (RG 45, 298; 47, 162; JW 00, 840[6]; [01, 52; 04, 142[11]]; Gruch 38, 952; 45, 1008; 46, 650; 48, 949; 54, 1008; Warn 1913 Nr 227; 1917 Nr 245; SeuffA 57 Nr 17; OLG 2, 315; 3 S. 11, 181; 5, 71; vgl. auch RG 92, 363). Dies gilt auch im Falle der Störung durch einen Mieter (Pächter) dann, wenn der Eigentümer mit dem Mieter einen Vertrag abgeschlossen hat, wonach der Mieter ihm gegenüber berechtigt sein würde, die störenden Handlungen vorzunehmen, weil auch in diesem Falle die Störungen auf den Willen des Eigentümers und Verpächters ursächlich zurückgeführt werden können (RG Gruch 46, 650; 48, 929; Warn 1913 Nr 227; 1918 Nr 116). — Zur **Begründung der Klage** genügt der Nachweis der Beeinträchtigung des Eigentums oder des Rechtes an dem Grundstück durch Einwirkungen von dem Grundstück des Beklagten aus, sowie im Falle der Klage auch auf Unterlassung die Besorgnis weiterer Störungen, die z. B. dann gegeben ist, wenn trotz Widerspruchs die Störung sich wiederholt (vgl. RG JW 1910, 654[12]; Gruch 44, 1095). Gleichgültig ist, ob der Beklagte die Störung als ein Recht für sich in Anspruch nimmt oder nicht (RG Gruch 44, 1095). Steht die Beeinträchtigung fest, so hat der Beklagte, wenn er einwendet, die Einwirkung sei keine übermäßige oder doch ortsübliche, die Beweislast (s. A 8). Diesem Einwande kann der Kläger durch die von ihm zu beweisende Replik begegnen, daß die Zuführung durch eine besondere Leitung erfolgt (§ 906 Satz 2). Gegebenenfalls kann er weiter geltend machen, daß er zufolge besonderer Vereinbarung auch zur Duldung unwesentlicher Einwirkungen nicht verpflichtet sei. Jedoch hat eine solche Vereinbarung dingliche Wirkung nur, wenn sie in das Grundbuch eingetragen ist (§ 873). Anderseits kann der Beklagte gegebenenfalls einwenden, daß durch Vereinbarung ihm die übermäßige Einwirkung gestattet sei (s. hierüber A 1). Dagegen folgt daraus allein, daß der Kläger bei Errichtung einer Anlage wußte oder voraussehen konnte, daß die Anlage vom Nachbargrundstücke eine Beeinträchtigung erfahren werde, nicht ein Verzicht auf den Anspruch aus § 1004 (RG SeuffA 56 Nr 104; auch JW 04, 487[12]). Auch kann vom leidenden Eigentümer nicht verlangt werden, daß er sich auf einen Gebrauch beschränkt, bei dem die Einwirkungen nicht als erhebliche Einwirkungen empfunden werden würden (RG JW 1912, 589[10]). Ebensowenig, daß er, um der Erheblichkeit der Einwirkungen vorzubeugen, über gewöhnliche Anforderungen hinausgehende Vorkehrungen trifft (z. B. zur Herabminderung eindringender Geräusche die Fenster seiner Wohnung schließt oder eine Hauswand besonders verstärkt, RG JW 1912, 589[10]; Warn 09 Nr 359; 1911 Nr 187; 1913 Nr 227). Wenn jedoch die Einwirkungen lediglich deswegen das nach § 906 zu duldende Maß überschreiten, weil der leidende Eigentümer bei dem Gebrauche seines Grundstücks regelwidrig verfährt oder eine den allgemeinen Anforderungen widersprechende Einrichtung trifft (z. B. eine Trennungswand

nach dem Nachbargrundstück herstellt, die nicht die von der Polizei vorgeschriebene Stärke hat, oder einen Betrieb unmittelbar an der Nachbarwand einrichtet, ohne zur Abwendung von Störungen geeignete und übliche Vorkehrungen zu treffen), kann Beseitigung der (übermäßigen) Einwirkungen nicht verlangt werden. Denn in Anbetracht der auf die nachbarlichen Verhältnisse zu nehmenden Rücksicht würde in einem solchen Verlangen ein Mißbrauch der dem Eigentümer nach § 903 zustehenden Rechte (vgl. § 903 A 6) zu finden sein (RG JW 1912, 589[10]; Warn 1913 Nr 227; Gruch 34, 476).

Im Falle der **Veräußerung des Grundstücks während des Rechtsstreits** findet § 266 ZPO Anwendung. Der Rechtsnachfolger ist berechtigt und auf Antrag des Gegners auch verpflichtet, den Rechtsstreit zu übernehmen (RG 40, 333, auch JW 12, 471[17]). — Durch Herstellung **abhelfender Einrichtungen während des Rechtsstreits** wird die Verurteilung, da der Kläger ein Recht auf dauernden Schutz hat und ihm dieser in der Regel nur durch ein die sofortige Zwangsvollstreckung ermöglichendes Urteil gewährt wird, nur ausgeschlossen, wenn der Einwirkende beweist, daß Einrichtungen getroffen sind, die nach menschlicher Voraussicht die schädliche Einwirkung auf ein Maß zurückführen, das nach § 906 ertragen werden muß, sowie daß eine Beseitigung der Schutzeinrichtungen und die Wiederaufnahme des früheren Betriebs nach Lage der obwaltenden Verhältnisse nicht in Frage kommen kann (RG 36, 178; JW 96, 210[37]; 98, 610[41]; 99, 757[38]; 02, 70; 02 Beil 203; 06, 556[26]; [1910, 654[12]]; 1911, 326[21]; Warn 1912 Nr 215; 1917 Nr 245; 1919 Nr 172: Gruch 44, 866; 54, 1008; V 154/01; V 209/05; V 547/06; V 165/07). Soweit letzteres dargetan wird, ist der Zustand zur Zeit der Klagerhebung nicht maßgebend (RG JW 1911, 326[21]). — Dies gilt anderseits auch insoweit, als **während des Rechtsstreits Verstärkungen** der Einwirkungen (z. B. infolge Ausdehnung des Betriebs auf dem Nachbargrundstück) eintreten. Solche Verstärkungen sind zu berücksichtigen, und dem Beklagten liegt gegebenenfalls auch hier (s. A 8) die Beweislast dafür ob, daß diese Einwirkungen nach § 906 zu dulden sind (RG JW 1911, 326[21]). — Die **Einrede der Unmöglichkeit,** den Klaganspruch **zu erfüllen,** greift nicht durch, weil es sich um einen dinglichen Anspruch auf Beseitigung des das Eigentum beeinträchtigenden Zustandes handelt; vielmehr muß der gesetzmäßige Zustand, der dem Berechtigten die ungestörte Ausübung seines Rechtes ermöglicht, unter allen Umständen hergestellt werden (RG JW 1910, 754[15]). — Der Anspruch aus § 1004 überhaupt ist noch nicht **verjährt,** wenn einzelne Einwirkungen schon während rechtsverjährter Zeit stattgefunden haben. Denn durch die letzte Einwirkung ist der Anspruch von neuem entstanden. Der aus dieser Einwirkung entstehende Anspruch aber unterliegt der ordentlichen Verjährung (§§ 194 Abs 1, 195, 198). § 902 kommt nicht zur Anwendung, da es sich nicht um einen Anspruch aus einem eingetragenen Recht im Sinne dieser Vorschrift handelt (str.).

§ 907

[1]) **Der Eigentümer eines Grundstücks[2]) kann verlangen[3]), daß auf den Nachbargrundstücken nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden[4]), von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist[5]), daß ihr Bestand oder ihre Benutzung[6]) eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat[7]). Genügt eine Anlage den landesgesetzlichen Vorschriften, die einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, so kann die Beseitigung der Anlage erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung tatsächlich hervortritt[8]).**

Bäume und Sträucher gehören nicht zu den Anlagen im Sinne dieser Vorschriften[9]).

E I 864 II 821; M 3 292 ff.; P 3 157 ff.

1. **§ 907 gewährt** dem Grundeigentum **Schutz vor drohenden künftigen Einwirkungen.** Die Eigentumsfreiheitsklage ist danach zunächst hinsichtlich einer beabsichtigten, gefahrdrohenden Anlage in Erweiterung des § 1004 als vorbeugendes Schutzmittel schon vor dem Eintritt unzulässiger Einwirkungen gegeben (vgl. M 3, 294), und zwar auf Unterlassung der Herstellung der Anlage (Prot 3, 159). Ist die Anlage bereits hergestellt und findet von ihr aus eine über § 906 hinausgehende Einwirkung statt, so kann gemäß §§ 903, 905, 1004 auf Beseitigung der Beeinträchtigung und, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, auf Unterlassung der Störung, also auf Unterlassung der Benutzung der Anlage überhaupt oder in der bisherigen Art geklagt werden (s. § 906 A 13). Auch in dieser Hinsicht enthält § 907 eine Erweiterung des Eigentumsanspruchs. Der Eigentümer kann, wenn die weitere Benutzung der hergestellten Anlage die Fortdauer unzulässiger Einwirkungen zur notwendigen Folge hat, nicht bloß Unterlassung der Benutzung, sondern auch Beseitigung der Anlage

verlangen (Prot 3, 159), mag auch die bisherige Einwirkung noch nicht mit Schadenszufügung verbunden gewesen sein (M 3, 295; RG 50, 229). — Ein Schadensersatzanspruch aber kann auch hier wie sonst bei übermäßiger Einwirkung nur nach Maßgabe der §§ 823ff., insbesondere unter der Voraussetzung eines Verschuldens des die Anlage Herstellenden oder Haltenden, geltend gemacht werden (vgl. hierüber RG 50, 228; JW 1911, 764[23] u. § 906 A 13). — Ferner gilt auch hier wie für den Anspruch aus § 1004, daß durch öffentlichrechtliche Bestimmungen (vgl. § 26 GewO; Artt 109, 125 EG) das dem gefährdeten Eigentümer nach § 907 zustehende Recht auf Beseitigung einer Anlage zugunsten eines Nachbars entzogen und als Ersatz dafür nur ein Entschädigungsanspruch gegen den letzteren gegeben sein kann (vgl. hierüber RG 50, 229; 58, 132; 93, 104; JW 07, 299[1]; 1911, 764[23]; OLG 18 S. 124, 127 u. § 906 A 1, 13). Soweit aber solche öffentlichrechtliche Bestimmungen nicht entgegenstehen, kann der Anspruch aus § 907 auch gegenüber der Anlage einer öffentlichrechtlichen Körperschaft geltend gemacht (z. B. gegenüber Kanalisation, Wegebauten, Bedürfnisanstalten einer Stadtgemeinde, RG JW 00, 639; 01, 52; OLG 2, 345), anderseits ein Schadensersatzanspruch nur unter Nachweis eines Verschuldens erhoben werden (RG JW 1911, 764[23]). Über Zulässigkeit des Rechtswegs für einen Anspruch aus § 907 gegenüber einer beabsichtigten gewerblichen Anlage, die gemäß §§ 16, 24 GewO der behördlichen Genehmigung bedarf, nach erhobenen Einwendungen in dem die Genehmigung betreffenden Verfahren (§§ 17ff. GewO) vgl. RG 13, 55; JW 08, 301[8], auch 08, 245[20].

2. Anspruchsberechtigt aus § 907 sind außer dem **Eigentümer des Grundstücks** auch der Erbbauberechtigte (§ 1017 Abs 2, VO v. 15. 1. 19 § 11), der Dienstbarkeitsberechtigte (§§ 1027, 1090 Abs 2) und der Nießbraucher (§ 1065). Dagegen steht dem Mieter oder Pächter, da sein Recht nur schuldrechtlicher Natur ist, ein solcher Anspruch nicht zu (RG 59, 327). — Das Bergwerkseigentum ist kein Sacheigentum und auch kein Recht an einem fremden Grundstück, sondern der Inbegriff der Berechtigungen, die dem Zwecke der bergmännischen Produktion dienen (RG 87, 400; Gruch 59, 1059). Gemäß Art 67 EG bestimmt sich in Preußen der Inhalt und Umfang der Berechtigungen nach § 54 AllgBergG; daher ist § 907 für das Bergrecht nicht anwendbar, insbesondere nicht auf das nachbarliche Verhältnis zweier Bergwerke untereinander (RG Gruch 59, 1058).

3. Das **Verlangen** kann **an** den Eigentümer des Grundstücks, auf dem sich die Anlage befindet, auch dann gestellt werden, wenn sie von ihm nur hergestellt ist, aber von einem anderen (z. B. dem Pächter) für eigene Rechnung benutzt wird; anderseits kann der Anspruch auch gegenüber demjenigen Dritten geltend gemacht werden, der die Anlage auf dem ihm nicht gehörenden Nachbargrundstücke errichtet oder hält (vgl. § 906 A 13). — Zur Begründung der Klage müssen die Voraussetzungen des Satz 1 dargetan werden, also daß die Anlage errichtet ist oder hergestellt werden soll und daß von ihr eine unzulässige Einwirkung mit Sicherheit zu erwarten ist. Da jedoch nach § 903 grundsätzlich alle Einwirkungen unzulässig sind, so genügt der Kläger seiner Beweispflicht, wenn er dartut, daß mit Sicherheit Einwirkungen überhaupt zu erwarten sind. Sache des Beklagten ist es dann, nachzuweisen, daß die Einwirkungen im gegebenen Falle nach Maßgabe von Ausnahmevorschriften, insbesondere nach § 906, vom Eigentümer geduldet werden müssen, also nicht unzulässig sind (str., RG JW 1910, 20[29]). Auch kann der Beklagte sich darauf berufen, daß seine Anlage den in Satz 2 gemeinten landesgesetzlichen Vorschriften genügt (vgl. A 8). — Eine einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO (z. B. auf Verbot der Fortsetzung des Baues der Anlage) ist zulässig (OLG 4, 61).

4. **Anlagen** im Sinne des § 907 sind sowohl solche, die von selbst ohne Hinzutritt einer weiteren menschlichen Tätigkeit einwirken, deren „Bestand" also gefährdend sein kann, wie Teiche, wasserführende Gräben und Kanäle (M 3, 295; Prot 3, 160), wenn sie z. B. übel riechen oder schmutziges Wasser mit sich führen (RG 51, 254) oder Aufenthalt für Tiere bieten, die schädigend einwirken (RG JW 1910, 654[13]); als auch solche, die, wenn sie bestimmungsgemäß verwendet werden, also durch die „Benutzung" einwirken, wie Viehställe (RG 51, 254), Backöfen, Rauchfänge (Prot 3 S. 157, 160), Düngergruben (OLG 4, 59), Leichenhäuser (OLG 4, 61), ein behufs Benutzung eines Privatwegs des Nachbars angelegter Straßenanschluß (OLG 2, 345), Aufschüttungen von Erd- und Sandmassen (RG 60, 140), Stauvorrichtung (RG JW 08, 301[8]), eine Kleinbahnanlage mit ungünstigen Steigungs- und Krümmungsverhältnissen (RG JW 07, 299[1]; OLG 18, 123). Jedoch muß die Anlage eine solche sein, welche, sei es selbsttätig oder unter menschlicher Mitwirkung, mittels Hinüberleitens ihrer Bestandteile oder mittels Zuführens greifbarer oder doch sinnlich wahrnehmbarer Stoffe die Grenze überschreitet oder zu überschreiten droht (RG 51, 253). Daher fallen nicht unter § 907 solche Anlagen, die sich streng auf der Grundfläche des sie Errichtenden halten, nicht unmittelbar und positiv in das Gebiet des anderen Grundstücks hinübergreifen, wenn sie auch etwa negativ einwirkend (z. B. durch Entziehung früher zugeflossenen Lichtes, bisher gegebener Aussicht oder Bequemlichkeit) das andere Grundstück beeinträchtigen (RG 51, 254; 62, 88; JW 09, 161[10]; vgl. Warn 1913 Nr 96; Gruch 58, 1028;

§ 906 A 1). So ist z. B. die Erhöhung oder Tieferlegung einer Straße, wodurch lediglich Licht und Aussicht beeinträchtigt oder den Anliegern die bisherige Art der Straßenbenutzung entzogen wird, nicht eine Anlage im Sinne des § 907 (RG 51, 253; OLG 18, 126). Desgleichen nicht eine mit Feuer- und Explosionsgefahr verbundene Anlage, auch wenn durch die Gefährlichkeit des Betriebs der Wert des leidenden Grundstücks herabgesetzt wird (RG 50, 225; OLG 4, 55; vgl. § 906 A 1). — Ferner ist nach allgemeinem Sprachgebrauch unter „Anlage" ein Werk oder eine Einrichtung von *gewisser Selbständigkeit und dauerndem Bestande* zu verstehen. Daher fällt z. B. nicht unter § 907: eine einzelne, in ein Gebäude eingestellte, mit diesem nicht verbundene Maschine; ein einzelner Fabrikraum, der mit Geräten, Werkzeugen und sonstigen Einrichtungen zur Herstellung von Stoffen versehen ist (vgl. RG 51, 253; JW 1912, 752[17]; Gruch 46, 652).

5. Die unzulässige Einwirkung muß **mit Sicherheit vorauszusehen** sein. Die auf die bloße Möglichkeit sich gründende Besorgnis derartiger Einwirkungen (z. B. daß der Bruch eines Gasrohrnetzes eintreten, aus einem mit Explosionsgefahr verbundenen Gewerbebetriebe Feuer entstehen könne), genügt nicht (RG 50, 229; 63, 378; JW 02 Beil 203; 1910, 20[29]). Eine mathematische Sicherheit ist aber nicht zu erfordern. Mit Sicherheit vorauszusehen ist die unzulässige Einwirkung auch dann, wenn sie (was z. B. hinsichtlich der Explosion eines Dynamitlagers auf dem Nachbargrundstück fraglich ist) nach den Lebenserfahrungen mit Notwendigkeit früher oder später einmal eintreten muß (vgl. RG Gruch 59, 476).

6. Der **Bestand** oder die **Benutzung** der Anlage muß die unzulässige Einwirkung hervorbringen (s. A 4). Dies trifft nicht zu, wenn die Anlage nur an einem die Störung allein verursachenden Mangel leidet, der behoben werden kann (z. B. wenn eine Kloake nicht genügend zementiert ist). Dann kann nur auf Grund § 1004 Beseitigung des Mangels verlangt werden (RG 63, 378; Gruch 46, 652; OLG 4, 59).

7. **Unzulässige Einwirkungen** sind nicht nur die im § 906 gemeinten Einwirkungen durch unwägbare Stoffe, die über die im § 906 gestatteten Grenzen hinausgehen (vgl. über den Begriff dieser Einwirkungen § 906 A 1, 5), sondern auch alle sonstigen, das Eigentumsrecht (§§ 903, 905) beeinträchtigenden Einwirkungen, die dem Nachbar weder durch Gesetz (vgl. über die in dieser Hinsicht in Betracht kommenden Reichs- und Landesgesetze § 906 A 1; § 903 A 3), noch in Ausübung eines besonderen Rechtes gestattet sind (RG 50, 228; Gruch 47, 651; JW 1910, 20[29]). Z. B. auch die Entsendung von festen Körpern, wie Kugeln aus einem Schießstande, Steinen aus einem Steinbruche, Tauben aus Taubenschlägen, Bienen aus Bienenkörben (vgl. RG 12, 174; JW 1910, 654[13]; Gruch 45, 1016). Es muß sich aber, wie aus den Worten „Einwirkung auf das Nachbargrundstück" sich ergibt, um ein (drohendes) Eindringen auf das Nachbargrundstück unter Überschreitung der Grenze handeln (was z. B. bei Bekiesung des betreffenden Grundstücks nicht der Fall ist, OLG 29, 339). Deshalb stellt sich das durch das bloße Dasein eines Gebäudes auf dem Nachbargrundstück verursachte Zurückwerfen des Windes und des Regens nicht als unzulässige Einwirkung dar, da nach §§ 903, 905 der Nachbar, soweit er nicht durch ein gesetzliches oder polizeiliches Verbot oder durch ein besonderes Recht Dritter gehindert ist, auf seinem Grundstück beliebig Gebäude errichten darf und das Zurückwerfen des Windes und des Regens auf Naturgesetzen beruht, nicht durch Hinüberwirken des Gebäudes auf das andere Grundstück verursacht wird, das Gebäude vielmehr nur abwehrend dabei mitwirkt (RG Gruch 58, 1026; [Warn 1914 Nr 57]). — Über die *Beweislast* hinsichtlich der Zulässigkeit oder der Unzulässigkeit der Einwirkung s. A 3. — Soweit infolge von Anlagen gefährdende Zuflüsse von *Wasser* drohen (z. B. im Falle: Hochwassers eines Flusses; einer mit einem Eisenbahnbetriebe zusammenhängenden Entwässerungsanlage), kommt nach Art 65 EG Landesrecht zur Anwendung (RG JW 1912, 391[12]; Warn 1910 Nr 447). Anderseits auch, soweit es sich um Entziehung von Wasser (Grundwasser) durch eine Wasserversorgungsanlage handelt (RG Warn 1913 Nr 96). Vgl. für Preußen Wassergesetz v. 7. 4. 13 § 285 (Anlagen im Überschwemmungsgebiet gefahrbringender Wasserläufe dürfen nur mit behördlicher Genehmigung hergestellt werden), §§ 41, 200 Abs 1 (s. § 906 A 5), § 331 Abs 2 (Entwässerungsanlagen ohne Entschädigung für die lediglich durch Veränderung des Grundwasserstandes hervorgerufenen Nachteile).

8. Die nach Art 124 EG in Geltung befindlichen **landesgesetzlichen Vorschriften** der im Satz 2 bezeichneten Art (z. B. Licht- und Fensterrecht, §§ 137 ff. PrALR I 8; s. RG Warn 1913 Nr 152) können nicht nur bürgerlichrechtlicher, sondern auch polizeilicher Natur sein (Prot 3, 159). Dazu gehören z. B.: für Preußen Art 674 Code civil; PrALR I 8 §§ 125—128, 131 (Schweineställe, Kloaken und andere den Gebäuden schädliche Anlagen, Rinnen und Kanäle, Brunnen), § 185 (Entfernung vom Nachbargrundstück bei Bodenerhöhung; OLG 18, 128); für Bayern Artt 62—66 AG.BGB; §§ 8, 52 AllgBauO v. 17. 2. 01; für Württemberg Artt 219 ff. AG.BGB; für Baden Art 18 AG.BGB. — Im Falle des Satzes 2 ist als Voraussetzung für die Klage eine *bereits hervorgetretene unzulässige Einwirkung* (s. A 7) deswegen bestimmt, weil durch die Bebochatung der bebetreffenden landesgesetzlichen Vorschriften in der Regel eine unzulässige Einwirkung ver-

hindert wird (vgl. Prot 3, 159). Der Kläger hat daher in diesem Falle gegenüber der Berufung des Beklagten auf die landesgesetzliche Vorschrift (s. A 3) zu beweisen, daß doch eine unzulässige Einwirkung (s. A 7) erfolgt ist. Dann kann er die Beseitigung der Anlage verlangen. Er braucht sich nicht mit der Unterlassung der Benutzung der Anlage zu begnügen (Prot 3, 160). Hat der Nachbar auf seinem Grundstück ein Sprengstoffmagazin angelegt, das polizeilich genehmigt ist (§§ 1 ff. SprengstoffG v. 9. 6. 84), so ist eine unzulässige Einwirkung solange nicht tatsächlich hervorgetreten, als eine Explosion des Sprengstofflagers noch nicht stattgefunden hat, und kann daher solange nicht nach § 907 Abs 1 Satz 2 Beseitigung der Anlage verlangt werden, abgesehen davon, ob nicht einem solchen Beseitigungsverlangen mit Rücksicht auf die polizeiliche Genehmigung überhaupt § 26 RGewO entgegenstehen würde (RG Gruch 59, 475; [Warn 1914 Nr 251]).

9. Bezüglich der **Bäume und Sträucher** gelten § 910, auch § 923 und Art 124 EG (für Preußen § 174 ALR I 8; für Bayern Artt 71—75 AG.BGB). Über Ersatz des Schadens, der durch Umfallen eines morschen Baumes einem Nachbargrundstücke zugefügt wird, s. RG 52, 373.

§ 908

Droht einem Grundstücke die Gefahr¹), daß es durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen Werkes²), das mit einem Nachbargrundstücke verbunden ist, oder durch die Ablösung von Teilen³) des Gebäudes oder des Werkes beschädigt wird, so kann der Eigentümer⁴) von demjenigen⁵), welcher nach dem § 836 Abs 1 oder den §§ 837, 838 für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde⁶), verlangen⁷), daß er die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Vorkehrung trifft⁸).

E II 822; P 3 161, 162.

1. Die **Gefahr** muß **drohen,** daß das Gebäude oder Werk infolge seines Zustandes ganz oder zum Teil nach allgemeinem Naturgesetz in einer das Nachbargrundstück schädigenden Weise zerfällt (vgl. RG 70, 206). § 908 findet daher z. B. nicht Anwendung, wenn auf dem Nachbargrundstück ein Gewerbebetrieb stattfindet, der mit der Gefahr einer Explosion verbunden ist, die erst den Einsturz zur Folge haben kann. — Ist der Schaden bereits eingetreten, so finden die §§ 836 ff. Anwendung (vgl. RG 52, 239; JW 1910, 653[11]; 1911, 580[18]; Gruch 57, 978; 58, 192). — Zweck der Vorschrift des § 908 ist, daß, weil in dem betreffenden Falle § 907 Abs 1 nicht anwendbar ist, der Gefährdete nicht erst die Schädigung soll dulden und dann auf Schadensersatz soll klagen müssen (Prot 3, 161).

2. Über den Begriff des **Gebäudes** s. § 912 A 4. — Ein **Werk** ist nicht bloß ein eigentliches Bauwerk, sondern ein jeder, einem bestimmten Zweck dienender, nach gewissen Regeln der Kunst oder der Erfahrung hergestellter, mit einem Grundstück verbundener Gegenstand (RG 60, 139; 76, 261; Warn 09 Nr 23; Gruch 57, 972). Z. B. Torpfeiler (SeuffA 57 Nr 62), Fahrstuhl (RG Gruch 60, 132), Firmenschilder (RG JW 06, 423[8]), Bahndamm (RG JW 08, 196[10]), Drahtzaun (RG JW 1910, 653[11]; OLG 20, 37), Brunnen, Wasserleitungen, Durchlaß auf einem Bürgersteige (RG 76, 260), Kanäle, Schleuse (SeuffA 64 Nr 92), Deiche (RG Gruch 58, 192), Gasrohrleitung (RG 74, 22), Telegraphen- und elektrische Stromleitungen (OLG 5, 249; 18, 85), Mauern (OLG 14, 43), Baugerüste (RG JW 1910, 288[21]), militärischer Signalmast auf fremdem Grundstück (RG Gruch 57, 972), Lichtschacht auf dem Bürgersteig einer städtischen Straße (RG Gruch 58, 1003), auch Buden und ähnliche zu vorübergehendem Zwecke errichtete Baulichkeiten, sofern sie mit dem Grund und Boden verbunden sind (vgl. RG JW 1910, 288[21]). Unter Umständen kann auch ein unfertiger Bau (z. B. ein unvollendet gebliebener Rohbau) oder ein wieder in Verfall geratenes Gebäude ein Bauwerk im Sinne des § 908 sein (RG Warn 1912 Nr 78). Nicht aber ein aufgeschütteter Erdhaufen, es sei denn, daß er zu einem bestimmten Zweck hierfür geeignet (z. B. als Böschung) hergestellt ist (RG 60, 140).

3. **Ablösung** kann nur angenommen werden, wenn sie infolge der mangelhaften Beschaffenheit des Gebäudes oder des Werkes eintritt (RG Gruch 57, 973). Jedoch wird nicht durch jede Mitwirkung menschlicher Kraft der Begriff der Ablösung ausgeschlossen. In den meisten Fällen wird vielmehr die Ablösung sich in der Weise vollziehen, daß zu der fehlerhaften Beschaffenheit noch die Einwirkung menschlicher Tätigkeit (z. B. Anlehnen an ungenügend Befestigtes, Stützen auf nicht Tragfähiges, ungewolltes Anstoßen an mangelhaft Verbundenes) hinzukommt. Entscheidend ist, ob der Grund des Ablösens wesentlich in der mangelhaften Beschaffenheit zu sehen ist (RG Gruch 57, 974: Herausziehen eines ordnungswidrig lose eingefügten Nagels durch ein Kind, das die Folgen nicht erkennt; Warn 1919 Nr 169: Herunterfallen eines Ziegelsteins eines in schadhaftem Zustande befindlichen Daches bei Vornahme der Ausbesserung). Auch wenn durch die Tätigkeit eines Tieres letzten Endes

sich das Ablösen vollzieht, ist unter dieser Voraussetzung eine Ablösung gegeben (vgl. **RG** Gruch 57, 974). Überhaupt kann dies der Fall sein, wenn ein zu der mangelhaften Beschaffenheit hinzutretender, von außen kommender Anstoß das Ablösen mitverursacht (**RG** Gruch 58, 193: Durchbruch eines Deiches infolge einer Wasserflut). Daher wird eine Ablösung auch dann als drohend anzunehmen sein, wenn zwar die mangelhafte Beschaffenheit des Gebäudes oder des Werkes für sich allein noch nicht das Ablösen von Teilen besorgen lassen möchte, aber doch die mangelhafte Beschaffenheit eine derartige ist, daß bei Hinzutreten eines von außen kommenden nicht ungewöhnlichen Anstoßes, sei es durch menschliche Tätigkeit oder eine sonst Bewegung verursachende Kraft, das Ablösen wahrscheinlich ist und im Falle des Ablösens die mangelhafte Beschaffenheit als die Hauptursache zu erachten wäre. — Ablösung ist nicht bloß vollständige Trennung des Teiles vom Ganzen, sondern umfaßt alle Fälle, in denen ein Teil einstürzt oder zerbricht (vgl. **RG** 52, 238; **RG** JW 04, 486[9]; 1912, 242[10]; OLG 4, 285; 5, 249; 9, 45). Sie erfordert auch nicht, daß die Aufhebung des Zusammenhangs, wie es beim Abbrechen oder Abreißen der Fall zu sein pflegt, unter teilweiser Zerstörung oder Vernichtung des Gebäudes oder des Werkes vor sich geht, sondern nur, daß von diesem ein Teil losgelöst wird (**RG** Gruch 57, 974). **Teile** eines Gebäudes sind alle, nicht bloß die wesentlichen Bestandteile des Gebäudes (OLG 12, 278), mögen sie auch nicht fest verbunden sein, z. B. Fußböden, Decken (OLG 4, 285), Steinfliesen (**RG** 52, 238; 76, 260), Treppe, Treppengeländer (**RG** 59, 8; Warn 1913 Nr 13; OLG 18, 86), Brett eines Bodenbelags (**RG** JW 1912, 242[10]), Gesimsstücke (**RG** JW 03 Beil 115; 04, 487[11]; OLG 9, 47), Putzstücke (**RG** Warn 1916 Nr 78), morsche Dielen (**RG** Warn 1916 Nr 223), Dachfenster (**RG** JW 07, 45[4]; Warn 1914 Nr 55), Dachaufsätze (**RG** JW 04, 91[10]), Dachziegel (**RG** Warn 1919 Nr 169), Fensterläden (**RG** 60, 421), Kette eines Klappfensters, Aufziehgurt einer Jalousie (**RG** Gruch 57, 975), Beleuchtungskörper (**RG** Warn 1915 Nr 233), Fensterscheiben (OLG 5, 249), Rolladenstücke (OLG 14, 52), Torflügel (OLG 14, 53), Fahnenstangen (OLG 12, 277), Telegraphenstangen (OLG 5, 246), Draht einer elektrischen Leitung (SeuffA 64 Nr 30). Teil eines Werkes ist z. B. das Tragseil eines Fahrstuhls (**RG** Gruch 60, 132). Jedoch können für die Anwendung des § 908 nur solche Gegenstände in Betracht kommen, die bereits endgültig in das Gebäude oder Werk verbaut und baumäßige Teile geworden sind, nicht Gegenstände, mit deren Einfügung erst begonnen ist (vgl. **RG** Warn 1912 Nr 78).

4. Klageberechtigt ist außer dem **Eigentümer**, da die drohende Gefahr als eine Beeinträchtigung des Eigentumsrechts gilt, der Miteigentümer (§ 1011), sowie, sofern das Nutzungsrecht an dem Grundstücke gefährdet ist, auch der Erbbauberechtigte (§ 1017 Abs 2, BO v. 15. 1. 19 § 11), der Dienstbarkeitsberechtigte (§§ 1027, 1090 Abs 2), der Nießbraucher (§ 1065).

5. Der **Anspruch** ist gegeben nicht gegen den Eigentümer des Gebäudes oder Werkes als solchen (s. unten), sondern **gegen den Eigenbesitzer** (unmittelbaren oder mittelbaren, §§ 854, 868) **des Nachbargrundstücks** (§§ 836 Abs 1 u. 3, 872) oder **gegen den, der auf** dem ihm **fremden Nachbargrundstück** in Ausübung eines eigenen Rechtes **ein Gebäude oder ein anderes Werk besitzt** (§ 837) oder **gegen den, der die Unterhaltung** des Gebäudes oder eines anderen Werkes **für den Eigentümer** übernommen hat, oder vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechts dazu verpflichtet ist (§ 838). Was den ersten Fall anlangt, so kann der Eigentümer nicht in Anspruch genommen werden, wenn er nicht den Besitz des Grundstücks hat, da er dann unter Umständen von dem gefahrdrohenden Zustande des Gebäudes oder Werkes keine Kenntnis haben kann, ihm auch die Instandhaltung nicht obliegen wird. Auch nicht der frühere Besitzer, wiewohl er gemäß § 836 Abs 2 für den eintretenden Schaden ebenfalls verantwortlich sein würde; denn der Abs 2 § 836 ist hier nicht zitiert. Im zweiten Falle kommt es an sich nicht darauf an, ob das Recht, in dessen Ausübung das Gebäude oder Werk besessen wird, ein dingliches (z. B. Erbbaurecht) oder ein persönliches (z. B.: Pacht; Berechtigung zur Aufstellung eines Baugerüstes zufolge Übertragung einer Bauausführung) ist (**RG** Warn 1910 Nr 154; **RGSt** JW 04, 581[16]). Jedoch ist, wie sich aus dem Zusammenhalt von § 837 mit § 836 ergibt, erforderlich, daß der auf Grund eigenen Rechtes an dem Gebäude oder Werke ausgeübte Besitz abgesondert von dem Besitz an dem Grundstücke besteht, wie in dem Falle des § 95, in dem in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstück ein Gebäude mit diesem verbunden ist, und daß dem Besitzer des Gebäudes oder Werkes auch die Sorge für dieses obliegt (z. B. weil er es als Pächter, als Bauunternehmer errichtet hat, **RG** 59, 8; JW 1910, 653[11]; Warn 1910 Nr 154). Daher ist nicht Besitzer im Sinne des § 837 z. B.: der Mieter eines dem Grundstückseigentümer gehörenden Hauses; der Pächter eines Grundstücks hinsichtlich eines Werkes, das sich zur Zeit der Pacht bereits auf dem Grundstück (vom Eigentümer oder auch einem früheren Pächter errichtet) befunden hat (**RG** 59, 8; JW 1910, 653[11]; vgl. jedoch **RGSt** JW 04, 581[16]). In dem dritten Falle kann neben dem Unterhaltungspflichtigen (z. B. Nießbraucher, Wohnungsberechtigten, Prot 2, 657; Grunddienstbarkeit [§ 1020, **RG** Gruch 58, 1003]; Nutznießungs-

recht des Ehemanns [§§ 1363, 1373], des Vaters [§§ 1649, 1654], der Mutter [§§ 1684, 1686]) auch der Eigenbesitzer des Grundstücks in Anspruch genommen werden, sofern er ebenfalls für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde (vgl. RG Gruch 58, 1004; Warn 1915 Nr 233).

6. **Verantwortlich** würden bei Unterstellung des Eintritts einer Schädigung die in A 5 bezeichneten Personen nach § 836 Abs 1 Satz 1, 2 nur dann sein, wenn der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung (vgl. RG Warn 1913 Nr 13) wäre und wenn ferner von ihnen nicht der nachgelassene Beweis geführt würde, daß sie zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet haben. Nur unter diesen Voraussetzungen kann daher auch die Klage aus § 908 gegen sie durchdringen (vgl. jedoch RG Gruch 60, 134 [das dem früheren Urteil Warn 1914 Nr 334 nachgefolgt ist], wo hinsichtlich eines Anspruchs auf Schadensersatz auch der § 829 für anwendbar erklärt und danach auch der verschuldensunfähige [z. B. wegen Geisteskrankheit entmündigte] Eigentümer für haftbar erachtet wird, gleichviel, ob er einen gesetzlichen Vertreter hat oder nicht). Fehlerhafte Errichtung liegt vor, wenn das Gebäude oder Werk infolge der Art und Weise seiner Errichtung den daran zu stellenden Anforderungen nicht genügt, mag auch bei der Errichtung an sich ein Kunstfehler nicht vorgekommen sein (RG 76, 260; SeuffA 57 Nr 62). Mangelhafte Unterhaltung wird nicht nur dann anzunehmen sein, wenn gegen allmählichen Verfall nichts veranlaßt ist, sondern auch, wenn ein durch ein plötzlich eintretendes Naturereignis (z. B. Explosion, Erdbeben, Feuer) herbeigeführter gefahrdrohender Zustand nicht alsbald beseitigt wird. Jedoch wird der Besitzer, der nicht selbst Sachverständiger ist, bei Errichtung des Gebäudes oder Werkes die zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt in der Regel beobachtet haben, wenn er einen tüchtigen Sachverständigen zur Herstellung gewählt hat (RG 74, 22; 76, 262; Warn 09 Nr 302; OLG 4, 281; 9, 47). Zur sorgfältigen Unterhaltung gehört es, daß die zur Verhütung von Gefahren üblichen Maßnahmen getroffen und regelmäßig Revisionen vorgenommen werden (RG JW 04, 91[10]; 04, 487[11]; 07, 45[4]; OLG 3, 27). Die Anstellung eines zur gehörigen Unterhaltung befähigten Sachverständigen genügt nicht. Es muß auch die Ausführung des Auftrags überwacht werden (RG JW 06, 336[12]; vgl. jedoch auch RG Warn 1910 Nr 333).

7. Zur Begründung des **Verlangens** muß der Gefährdete dartun, daß die Gefahr droht, und ferner, daß der Beklagte zu den in A 5 bezeichneten Personen gehört, die im Falle des Eintritts der Schädigung wegen fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung verantwortlich sein würden (s. A 6; vgl. RG 52, 129; 70, 206; JW 07, 16[10]; Gruch 50, 979). Dem Beklagten bleibt überlassen, den Einwand aus § 836 Abs 1 Satz 2 zu erheben (vgl. RG JW 04 S. 91[10], 487[11]; 06, 336[12]; 07, 45[1]; Warn 1913 Nr 13; Gruch 50, 979; 56, 961). Besteht eine Verantwortlichkeit für den gefahrdrohenden Zustand nicht, so kann für den Gefährdeten ein Recht auf Selbstschutz nach Maßgabe des § 228 gegeben sein. — Der Anspruch aus § 908 ist nach § 924 unverjährbar.

8. Die **Vorkehrungen**, die der Beklagte treffen soll, brauchen in der Klage ebensowenig wie im Urteil im einzelnen angegeben zu sein; vielmehr ist es dem Beklagten zu überlassen, die geeigneten Maßnahmen zu wählen (vgl. RG 37, 174; 40, 184; 65, 76; Gruch 40, 1097). Unter Umständen kann auch ein völliger Abbruch des Gebäudes oder des Werkes erforderlich sein (RG 65, 76).

§ 909

Ein Grundstück darf nicht[1]) in der Weise vertieft werden[2]), daß der Boden des Nachbargrundstücks[3]) die erforderliche Stütze verliert[4]), es sei denn, daß für eine genügende anderweitige Befestigung[5]) gesorgt[6]) ist.

E I 865 II 823; M 3 295 f.; P 3 162.

1. Aus den Worten **„darf nicht“**, die von der 2. Kommission in nur redaktioneller Änderung an die Stelle von „unzulässig“ gesetzt sind (Prot 3, 162), in Verbindung damit, daß § 909 an die über Beschränkungen des Eigentumsrechts an Grundstücken Bestimmung treffenden §§ 904 ff. sich anschießt, ist zu entnehmen, daß es sich auch hier um ein eine Eigentumsbeschränkung enthaltendes Verbot zugunsten des Nachbargrundstücks handelt, dessen Übertretung eine Störung des Rechtes des am Nachbargrundstücke Berechtigten im Sinne des § 1004 enthält (vgl. RG Gruch 58, 663). Deshalb kann, wenn die Störung durch Vornahme der hier fraglichen unzulässigen Vertiefung erfolgt ist, Beseitigung der Beeinträchtigung, also die Bewirkung von Vorkehrungen verlangt werden, wodurch der nach § 909 als gefahrdrohend und das Recht des Nachbars beeinträchtigend anzusehende Zustand der Vertiefung behoben wird. Sind weitere Störungen dieser Art zu besorgen, so kann auf Unterlassung geklagt werden. Diese Ansprüche sind, wenn die unzulässige Vertiefung bei der Ausführung eines Baues erfolgt, nicht deswegen ausgeschlossen, weil für den Bau bau-

polizeiliche Erlaubnis erteilt worden ist, da bei dieser der Bauplan nur vom baupolizeilichen Standpunkt aus geprüft und genehmigt wird (RG Warn 1914 Nr 85). — Die Ansprüche richten sich nach den für Eigentumsfreiheitsansprüche allgemein geltenden Grundsätzen zunächst gegen den, der die Störung, also die unzulässige Vertiefung, selbst oder durch einen andern vorgenommen hat, mag er der Eigentümer oder ein Dritter (z. B. ein Nutzungsberechtigter) sein. Sodann aber auch gegen denjenigen, der den bereits vorgefundenen gefahrdrohenden Zustand wissentlich bestehen läßt, wiewohl er zu seiner Beseitigung rechtlich und tatsächlich in der Lage ist (z. B. den Sondernachfolger des vertiefenden Eigentümers, OLG 4, 62; 18, 129; SeuffA 64 Nr 70); denn nach dem Wortlaute des Gesetzes ist auch der durch das Vertiefen geschaffene Zustand für unstatthaft erklärt und das Bestehenlassen dieses gefahrdrohenden Zustandes bewirkt eine Beeinträchtigung des Eigentums (vgl. RG Warn 09 Nr 143, jedoch auch 09 Nr 455). — Dem Beklagten ist zu überlassen, welche Maßnahmen er treffen, ob er die Vertiefung zuschütten oder sonstige zur Beseitigung der Gefahr geeignete Vorkehrungen veranlassen will (vgl. § 908 A 8). Eine Begrenzung des Anspruchs auf Vornahme von Befestigungsarbeiten oder sonstigen Sicherungsmaßregeln würde den Beklagten in der Wahl der Vorkehrungen unzulässigerweise beschränken (vgl. § 906 A 13; a. M. OLG 5, 151). — Ein Schadensersatzanspruch besteht nur nach Maßgabe der §§ 823ff., insbesondere im Falle des Verschuldens (RG 51, 179; JW 1910, 74[32]; 1911, 764[23]; Warn 1912 Nr 385; Gruch 50, 680; 25. 10. 05 V 114/05; 28. 2. 06 V 366/05; 21. 3. 06 V 145/05; a. M. OLG 5, 151), auch wenn die unzulässige Vertiefung bei Ausführung eines Baues erfolgt, dem baupolizeiliche Erlaubnis erteilt worden ist (RG Warn 1914 Nr 85). Dabei ist § 909 als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs 2 anzusehen (RG 51, 179; 63, 327; Warn 1912 Nr 385; 23. 11. 10. V 641/09). Ein Verschulden kann darin gefunden werden, daß der Vertiefende vorausgesehen hat oder bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte voraussehen müssen, daß der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verlieren würde, und er nicht gehörige Vorkehrungsmaßregeln zur Abwendung der Gefahr getroffen hat (RG 62, 371; Warn 1915 Nr 50). Dies gilt insbesondere auch, wenn eingetretene Schäden und Warnungen des Geschädigten während der Vertiefungsarbeiten nicht genügend berücksichtigt werden (RG Warn 1912 Nr 385; 21. 3. 06 V 145/05; 15. 2. 11 V 220/10). Ist es der Eigentümer eines Nachbargrundstücks, der Vertiefungsarbeiten (z. B. Ausschachtungen zur Aufführung eines Baus) vornehmen läßt, so wird er, da § 909 vorzugsweise darauf gerichtet ist, den Grundstückseigentümer zugunsten des Nachbars in seinem Eigentum zu beschränken, seiner Pflicht zur Vornahme geeigneter Vorkehrungen nicht dadurch ledig, daß er die Herstellung der Anlage einem Unternehmer überträgt; vielmehr hat er den Unternehmer darauf hinzuweisen und nach der Übertragung darauf zu achten, daß bei der Ausführung der Arbeit die durch den § 909 angezeigte Rücksicht auf das Nachbargrundstück nicht außer acht gelassen wird (RG JW 1910, 150[15]; 1911, 939[1]; Warn 1910 Nr 18; vgl aber auch Warn 1912 Nr 385). Läßt eine Stadtgemeinde durch einen technischen Beamten, der nicht ihr Vertreter ist, Vertiefungsarbeiten auf ihrem Straßenterrain vornehmen, so muß sie, um von der Schadensersatzpflicht frei zu sein, dartun, daß sie bei der Leitung und Beaufsichtigung der Ausführung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe (RG JW 1911, 939[1]; Warn 1910 Nr 18; vgl. aber auch Warn 1910 Nr 21). — Durch Vereinbarung der Beteiligten können die vorbezeichneten Ansprüche wegen unzulässiger Vertiefung ebenso ausgeschlossen werden, wie eine Erweiterung der Rechte des Nachbars hinsichtlich Einwirkungen über § 906 hinaus durch Vereinbarung zulässig ist. Vgl. hierüber RG JW 09, 725[20], § 906 A 1.

2. Verboten ist nur, daß das Grundstück **in der** hier fraglichen **Weise vertieft** wird. Alle anderen Vertiefungen sind gestattet, soweit nicht etwa landesgesetzlich (Art 124 EG) weitere Beschränkungen bestimmt sind. Liegt aber eine Vertiefung im Sinne des § 909 vor, so ist sie auch dann eine unzulässige, wenn sie sich etwa in dem landesgesetzlich bestimmten Abstand von der Grenze hält, da in dieser Hinsicht das Reichsrecht maßgebend ist. Auf die Art der Vertiefung kommt es im übrigen nicht an, ebensowenig, daß sie von gewisser Dauer ist; auch eine vorübergehende Vertiefung (z. B. das stückweise Ausheben von Fundamentgruben behufs sofortiger Wiederauffüllung) kann genügen (RG 51, 179; SeuffA 64 Nr 70).

3. Unter **Nachbargrundstück** ist nicht nur ein solches Grundstück zu verstehen, das unmittelbar an das andere Grundstück grenzt, sondern auch ein in geringer Entfernung davon gelegenes (z. B. durch einen Weg geschiedenes), sofern nur die Vertiefung des andern Grundstücks ihm die erforderliche Stütze entziehen kann (RG JW 1910, 150[15]).

4. Eine Vertiefung ist nur dann unzulässig, wenn der Boden des Nachbargrundstücks **die erforderliche Stütze verliert** (s. A 1). Jedoch ist unter „Stütze" nicht nur die vertikale zu verstehen, welche die benachbarten Grundstücke sich einander gegenseitig durch das Erdreich gewähren und wodurch das seitliche Abstürzen und Nachstürzen verhütet wird, sondern auch die horizontale Stütze, die ein Grundstück in seinen unteren Bodenschichten findet und die ein Einstürzen, ein Zusammensinken verhütet (RG Gruch 58, 664 [Warn 1914 Nr 20]).

Andere schädliche Wirkungen aber, wie Sinken des Grundwassers, Versiegen des Brunnenwassers, machen für sich allein die Vertiefung nicht zu einer unzulässigen (RG 62, 372); sofern sich nicht hinsichtlich der unterirdischen Wasser die Unzulässigkeit aus dem hierfür gemäß Art 65 EG an sich maßgebenden Landesrecht ergibt (vgl. hierüber § 905 A 1, § 906 A 5 „Wasser"). In welcher Art jedoch dem Boden die erforderliche Stütze entzogen sein muß, wird im § 909 nicht unterschieden. Deshalb kann eine Vertiefung auch zufolge Entziehung von Grundwasser dann unzulässig sein, wenn dem Boden dadurch (sei es allein, sei es in Verbindung mit Entziehung einer Fließsandschicht, z. B. durch starkes Pumpen) die Festigkeit und Tragfähigkeit genommen (RG 62, 372; JW 1910 S. 74[32], 150[15], 330[3]; 1911, 939[1]; vgl. 1913, 267[7]) oder ein Zusammensinken des Bodens (z. B. eines Moorbodens) verursacht wird (RG Gruch 58, 664). Ist auf solche Weise der Tatbestand des § 909 gegeben, so hat diese Vorschrift stets zur Anwendung zu kommen, mag die Entziehung von Grundwasser nach landesgesetzlichen wasserrechtlichen Bestimmungen auch sonst zulässig sein (RG Gruch 58, 664; [Warn 1914 Nr 20]). — Wegen der unzulässigen Vertiefung sind anspruchsberechtigt außer dem Eigentümer und Miteigentümer des Nachbargrundstücks der Eigenbesitzer (§ 872), Erbbauberechtigte (§ 1017 Abs 2, VO v. 15. 1. 19 § 11), Dienstbarkeitsberechtigte (§§ 1027, 1090 Abs 2), Nießbraucher (§ 1065). — Der Kläger muß, da § 909 eine Ausnahme von dem nach §§ 903, 905 geltenden Grundsatze der Unbeschränktheit der Befugnisse des Eigentümers ist, beweisen, daß durch die Vertiefung der Boden die erforderliche Stütze verliert. Der Beklagte kann sich durch den Beweis befreien, daß für eine genügende anderweitige, wenn auch von einem Dritten vorgenommene Befestigung gesorgt ist. — Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein durch die Vertiefung betroffenes Haus auf dem Nachbargrundstück in mangelhaftem Zustande sich befindet. Vielmehr müssen in solchem Falle zur Verhütung des Einsturzes besonders sorgfältige Vorkehrungen getroffen werden (str., RG JW 1910, 330[3]; Warn 1910 Nr 23; 1912 Nr 385). Der Nachbar muß aber nicht deswegen, weil mit dem Eintritt von Schäden von vornherein zu rechnen ist, stets die Vertiefung unterlassen oder Schadensersatz leisten. Vielmehr gilt dies nur dann, wenn von vornherein die technische Unmöglichkeit, für die Befestigung des Bodens zu sorgen, feststeht (RG Warn 1912 Nr 385, auch RG 62, 370; JW 1911, 764[23]).

5. Gesorgt für anderweitige genügende Befestigung ist auch schon dann, wenn zwar noch nicht die zur Verhütung des Einsturzes erforderlichen Sicherungsmaßregeln, wohl aber die nach den gegenwärtig obwaltenden Verhältnissen zu erfordernden Schutzvorkehrungen (z. B. vorbereitende Maßregeln) getroffen werden. — Eine Vorschrift, wonach bei Vertiefungen eine bestimmte Entfernung von der Grenze des Nachbargrundstücks einzuhalten wäre, ist im BGB (vgl. für Landesrecht Art 124 EG, § 187 PrALR I 8) nicht gegeben (vgl. RG JW 1911, 280[11]). — Die Vorkehrungen müssen auf dem Grundstück getroffen werden, das vertieft werden soll. Der Vertiefende hat kein Recht darauf, daß der Eigentümer des Nachbargrundstücks Vorkehrungen auf diesem duldet. Unter Umständen kann aber in der Weigerung des Eigentümers ein Mitverschulden im Sinne des § 254 Abs 2 zu finden sein, das zwar nicht den Unterlassungsanspruch, wohl aber einen Schadensersatzanspruch (s. A 1) ausschließen oder doch beschränken kann (RG JW 1910, 330[3]; 23. 11. 10 V 641/09).

6. Erhöhungen des Grundstücks fallen nicht unter § 909, ebensowenig Niederreißen eines Gebäudes, sofern nicht eine Vertiefung im Sinne des § 909 damit verbunden ist. Erstere sind nach §§ 903, 905 unbedingt zulässig, es sei denn, daß sie sich als „Anlagen" im Sinne des § 907 darstellen und auf das Nachbargrundstück unzulässig einwirken (vgl. jedoch § 907 A 4); letzterenfalls findet § 907 Anwendung. Wegen des durch Niederreißen eines Gebäudes etwa entstandenen Schadens kann ein Ersatzanspruch nach § 823 Abs 2 begründet sein, wenn die erforderlichen Schutzvorkehrungen (§ 367 Nr 14 StGB) nicht getroffen sind (RG 51, 178; 70, 206; JW 00, 672[39]).

§ 910

Der Eigentümer eines Grundstücks kann[1]) Wurzeln eines Baumes oder eines Strauches[2]), die von einem Nachbargrundstück eingedrungen sind, abschneiden und behalten. Das gleiche gilt von herüberragenden Zweigen[3]), wenn der Eigentümer dem Besitzer[4]) des Nachbargrundstücks eine angemessene Frist[5]) zur Beseitigung bestimmt hat und die Beseitigung nicht innerhalb der Frist erfolgt.

Dem Eigentümer steht dieses Recht nicht zu, wenn die Wurzeln oder die Zweige die Benutzung[6]) des Grundstücks nicht beeinträchtigen[7]).

E I 861 II 824; M 3 287, 288; P 3 138—148.

1. § 861 E I gab dem Grundstückseigentümer, wenn Zweige oder Wurzeln vom Nachbargrundstück herüberragten, die Eigentumsfreiheitsklage auf Beseitigung des Herüberragen-

den, weil das Hinüberwachsen zwar nur eine mittelbare, nicht auf menschlicher Tätigkeit beruhende Einwirkung sei, aber doch eine Beeinträchtigung des Eigentums enthalte (M 3, 287). Die 2. Kommission, auf deren Beschlüssen § 910 beruht, erachtete die Gewährung eines Anspruchs auf Beseitigung für unpraktisch und auch für nicht genügend gerechtfertigt, weil die Bäume und Sträucher aus natürlichen Gründen hinüberwachsen und ein widerrechtlicher Eingriff nicht vorliege. Deshalb sollte dem Eigentümer nur das Selbsthilferecht gegeben sein. Aber auch dieses sollte, um Schutz gegen das zwecklose Beschädigen von Bäumen zu gewähren, ausgeschlossen sein, wenn das Hinüberragen die Benutzung des Grundstücks nicht beeinträchtige. Ferner sollte bezüglich der hinüberragenden Zweige, weil dem Nachbar daran liegen könne, das Ausästen selbst vorzunehmen, die aus Abs 1 Satz 2 § 910 ersichtliche weitere Einschränkung gelten, wonach erst nach vergeblicher Aufforderung des Nachbars das Selbsthilferecht sollte ausgeübt werden dürfen (Prot 3 S. 141—143). — Aus dieser Entstehungsgeschichte ergibt sich zunächst: **Der Grundstückseigentümer kann** lediglich das Selbsthilferecht ausüben, und zwar bezüglich der hinüberragenden Wurzeln oder Zweige nur unter der Voraussetzung der beeinträchtigenden Einwirkung (Abs. 2), und bezüglich der Zweige unter der aus Abs 1 Satz 2 sich ergebenden ferneren Voraussetzung. Eine Eigentumsfreiheitsklage auf Beseitigung der Wurzeln oder Zweige aus § 1004 steht ihm nicht zu (OLG 2, 141). Weiter folgt daraus, daß eine solche Klage auch nicht etwa anderen dinglich Berechtigten (z. B. Erbbauberechtigte, Nießbraucher, Dienstbarkeitsberechtigte) gegeben ist, da sie nicht mehr Rechte als der Eigentümer haben können, von dem sie ihre Rechte ableiten, überdies nach dem Willen des Gesetzes das natürliche Hinüberwachsen nicht als eine beeinträchtigende Störung im Sinne des § 1004 zu erachten ist (str.). Ihnen ist aber auch, abgesehen von dem Erbbauberechtigten (§ 1017, VO v. 15. 1. 19 § 11), die Ausübung der Selbsthilfe aus eigenem Recht zu versagen, da das Selbsthilferecht als eine ausschließlich mit dem Eigentume verbundene Befugnis gewährt ist und der Eigentümer allein darüber zu bestimmen hat, ob die Beseitigung erfolgen soll oder nicht, ferner die Frage der Beeinträchtigung (Abs. 2) nur nach der Beschaffenheit des Grundstückes in seiner Totalität beurteilt werden kann (str.). — Der Eigentümer kann die Beseitigung jederzeit vornehmen. Hinsichtlich der Zweige s. jedoch A 5. Verfährt er bei der Beseitigung nicht sorgfältig, oder liegen die Voraussetzungen des Abs 1 Satz 2 (für Zweige), oder die des Abs 2 (für Wurzeln oder Zweige) nicht vor, so kann er schadensersatzpflichtig werden (§§ 823, 826), und zwar in den zuletzt genannten Fällen, wenn er den Mangel seines Rechtes zur Beseitigung gekannt hat, oder hätte kennen müssen.

2. § 910 gilt nicht bloß für einzelne **Bäume oder Sträucher** (zu denen auch lebende Hecken gehören, Prot 3, 142), sondern auch für Waldungen (Prot 3, 148). — Vgl. hinsichtlich: der Obstbäume Art 122 EG; aller Bäume Art 124 EG; der Waldungen die Übergangsvorschrift des Art 183 EG.

3. Satz 2 gilt nur von **Zweigen,** nicht von Wurzeln. Ragt der Baumstamm (z. B. infolge schiefen Wachsens) herüber, so findet nicht § 910, sondern § 1004 (Klage auf Beseitigung) Anwendung. Hinsichtlich des Grenzbaums s. § 923.

4. Die Frist wird dem **Besitzer** gesetzt, weil der nicht besitzende Eigentümer nicht in der rechtlichen Lage ist, die Zweige zu beseitigen. Ist der Besitzer des Nachbargrundstücks eine andere Person als der Besitzer des Baumes (Art 181 Abs 2 EG), so ist die Frist dem Besitzer des Baumes zu setzen (Prot 3, 142).

5. Die **Frist** muß angemessen sein. Ob sie es ist, bestimmt im Streitfalle der Richter nach freiem Ermessen. Unter Umständen ist es angemessen, die Frist so weit auszudehnen, daß die Beseitigung der Zweige nicht in die Zeit des Wachstums der Bäume fällt (Prot 3, 143). Hat der Eigentümer eine zu kurze Frist gesetzt und vor Ablauf der angemessenen Frist die Zweige abgeschnitten, so darf er sie nicht für sich behalten. Das gleiche gilt, wenn er sie ohne Setzung einer Frist abgeschnitten hat.

6. Gemeint ist nicht bloß die gegenwärtige, sondern auch die zukünftige **Benutzung,** insbesondere im Falle der Vornahme von Änderungen (z. B. durch Bauten).

7. Der Eigentümer des Baumes oder Strauches hat, wenn es zum Prozesse kommt (z. B. über das Eigentum an den abgeschnittenen Holzteilen, s. A. 5, oder wegen Schadensersatzes, s. A 1) zu beweisen, daß die **Beeinträchtigung** nicht vorliegt, da es sich um eine Einrede handelt (Prot 3, 141).

§ 911

Früchte[1]), die von einem Baume oder einem Strauche auf ein Nachbargrundstück[2]) hinüberfallen[3]), gelten als Früchte dieses Grundstücks[4]). Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn das Nachbargrundstück[2]) dem öffentlichen Gebrauche dient[5]).

E I 862 II 825; M 3 289; P 3 149.

1. **Früchte** im natürlichen Sinne sind gemeint; nicht Früchte im Sinne des § 99, z. B. nicht abbrechende Zweige, wie sich aus den Worten „von einem Baume hinüberfallen" ergibt (M 3, 289). Die Früchte sind vor der Trennung wesentliche Bestandteile des Grundstücks, auf dem der Baum oder Strauch steht und gehören daher dem Grundstückseigentümer. Dieser oder der sonst zur Aneignung der Früchte des Grundstücks Berechtigte (§§ 954—957) kann von diesem Grundstück aus auch die auf das Nachbargrundstück überhängenden Früchte abpflücken oder sonst (z. B. durch Schütteln in einen Korb) abtrennen, falls darin nicht ausnahmsweise eine nach § 905 unzulässige Einwirkung auf das Nachbargrundstück liegen sollte. Trennt er die Früchte dabei in der Weise ab, daß sie nicht auf das Nachbargrundstück fallen, so behält er endgültig bzw. erwirbt er deren Eigentum. Doch braucht ihm der Besitzer des Nachbargrundstücks dessen Betreten zum Abtrennen der Früchte nicht zu gestatten.

2. Ein **Nachbargrundstück** ist auch ein benachbarter See, Fluß, Platz, Weg.

3. Gleichgültig ist es, aus welcher Ursache (z. B. Windstoß, Reife, menschliche Einwirkung auch seitens des Eigentümers des Baumes, s. A 1) die Früchte **hinüberfallen,** und ob sie vor dem Abfall hinüberhingen. Trennt aber der Nachbar selbst die hinüberhängenden Früchte (z. B. durch Pflücken oder Schütteln) vom Baum oder Strauch, so gelten sie nicht als Früchte des Nachbargrundstücks, und der zum Abtrennen nicht befugte Nachbar erwirbt daran Eigentum nicht, ist vielmehr schadensersatzpflichtig (§ 823).

4. Die hinübergefallenen Früchte **gelten als Früchte des Nachbargrundstücks** zufolge der Fiktion ebenso, wie die auf dem Grundstücke erzeugten, und sind denselben Rechten unterworfen, insbesondere fallen sie den nach §§ 953—957 zum Bezuge der Früchte dieses Grundstücks Berechtigten zu.

5. Nach der Ausnahmebestimmung des Satzes 2 (vgl. über den Grund der Ausnahme Prot 3, 149) gehören die Früchte, die auf ein dem **öffentlichen Gebrauche** dienendes Nachbargrundstück (z. B. von Obstbäumen neben einem öffentlichen Wege auf diesen) fallen, dem Baum- oder Straucheigentümer oder dem nach §§ 954—957 zum Bezuge der Früchte des Grundstücks, auf dem der Baum oder Strauch steht, Berechtigten, die sie von dort holen dürfen.

§ 912

[1]) Hat der Eigentümer[2]) eines Grundstücks bei der Errichtung[3]) eines Gebäudes[4]) über die Grenze[5]) gebaut[6]), ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit[7]) zur Last fällt[8]), so hat der Nachbar[9]) den Überbau zu dulden[10]), es sei denn, daß er vor oder sofort[11]) nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat[12]).

Der Nachbar ist durch eine Geldrente zu entschädigen[13]). Für die Höhe der Rente ist die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend[14]).

E I 857 II 826; M 3 282; P 3 133.

1. Der Eigentümer eines Grundstücks, **über** dessen **Grenze gebaut** ist, würde beim Mangel besonderer Vorschriften nach §§ 903, 1004 die Beseitigung des hinüberreichenden Baues verlangen können. Die §§ 912—916 regeln im wirtschaftlichen Interesse den Fall der Grenzüberschreitung durch Errichtung eines Gebäudes. — Die Beteiligten können aber auch eine andere Regelung vereinbaren (z. B. Abstandnahme von der Rentenpflicht und sofortige Übertragung des überbauten Grundstücksteils an den überbauenden Nachbarn zum Eigentum oder auch, daß der hinüberzubauende Gebäudeteil Eigentum des Eigentümers des zu überbauenden Grundstücks werden soll, OLG 29, 341). — Jedoch können durch einen Vertrag zwischen dem Bauenden und dem Besitzer des Nachbargrundstücks, der sich irrtümlich für den Eigentümer hält, auch wenn dadurch dem Bauenden das Nachbargrundstück zur Bebauung überlassen wird, die zwischen dem Bauenden und dem wirklichen Eigentümer des Nachbargrundstücks hinsichtlich des hinübergebauten Gebäudeteils aus dem Gesetze sich ergebenden Rechtsverhältnisse nicht geändert werden (RG 83, 146). — Die §§ 912—916 finden auch auf einen vor dem Inkrafttreten des BGB stattgehabten Überbau Anwendung (Art 181 Abs 1 EG), falls nicht nach den bisherigen Vorschriften der Bauende das Eigentum an der überbauten Fläche erworben hat (RG 46, 143; 47 S. 115, 360; 48, 262; 52, 16; 65, 73; 72, 272).

2. Nicht bloß der **Eigentümer,** sondern auch der Erbbauberechtigte (VO v. 15. 1. 19 § 11) sowie der nach Art 63 EG Berechtigte. Geschieht der Überbau von anderen als diesen Personen, so finden §§ 166, 185 sinngemäß Anwendung (z. B. der Überbauende erwirbt später das Eigentum an dem Grundstück, M 3, 284). Dies gilt auch von Nießbrauchern und Pächtern. Sie stehen dem Erbbauberechtigten nicht gleich.

3. **Bei der Errichtung** eines Gebäudes muß die Grenzüberschreitung erfolgt sein. Ausbesserung eines Gebäudes oder Anbau an ein schon vorhandenes Gebäude genügt nicht

(OLG 4, 65). Desgleichen nicht, wenn nach Errichtung des Gebäudes eine Mauer infolge der Beschaffenheit des Bodens nach der Seite des Nachbargrundstücks ausgewichen ist (RG 88, 41; JW 06, 302[7]).

4. **Gebäude** ist ein durch räumliche Umfriedung Personen und Sachen gegen äußere Einflüsse Schutz gewährendes, den Eintritt von Menschen gestattendes Bauwerk. Daher z. B. nicht: Mauern, Zäune, Hundehütten, Backöfen. Diese müssen auf Verlangen des Nachbarn beseitigt werden (§§ 903, 905, 1004; z. B. im Falle der Ausbauchung einer Grenzmauer, OLG 34, 171). Gleiches gilt auch hinsichtlich der nur zu einem vorübergehenden Zwecke (§ 95) errichteten Gebäude (str.).

5. **Über** die **Grenze** kann, da die Grenze zwischen zwei Grundstücken nicht nur durch eine auf dem Erdboden verlaufende Linie, sondern zugleich durch eine senkrecht auf dieser Linie als errichtet zu denkende Fläche gebildet wird (vgl. § 905; RG 88, 41), auch ein Gebäudeteil unterhalb der Erdoberfläche (z. B. ein Weinkeller) oder oberhalb der Erdoberfläche (z. B. ein Erker, eine Ausbauchung zufolge eines Baufehlers) gebaut sein (RG 88, 41 [mit weiterem RG Warn 1916 Nr 51]; OLG 26, 26; vgl. auch RG JW 06, 302[7]; Warn 1910 Nr 335, auch § 905 A 2); sowie ein Gebäude, durch das zugleich das ganze Grundstück des Nachbars überbaut ist, das Gesetz macht seine Anwendung nicht davon abhängig, daß der Überbau sich nur auf einen Teil des Nachbargrundstücks erstreckt (RG 52, 15; 83, 146). Dagegen baut nicht über die Grenze, wer ein Gebäude lediglich auf des Nachbars Grundstück errichtet. Ein solcher Bau ist auf Verlangen des Nachbars zu beseitigen (§§ 903, 1004; vgl. RG 52, 17). — Ferner ist zur Annahme eines Überbaus erforderlich, daß der Bauende nicht bloß seine Eigentumsrechte, sondern eine örtlich bestimmte Grenze überschritten hat. Daher enthält ein Bau, wodurch lediglich das aus einer Grunddienstbarkeit des Nachbars entspringende Verbietungsrecht bezüglich der Verwendung des dienenden Grundstücks für gewisse Bauten durch Bebauung dieses Grundstücks oder eines Teiles davon verletzt wird, keinen Überbau (RG 47, 356; 48, 262; 87, 373; JW 02 Beil 258). — Weiter liegt ein Überbau nicht vor, wenn beim Bauen der landesgesetzlich (vgl. Art 124 EG) vorgeschriebene Abstand von der Grenze nicht innegehalten ist (str.; nach Prot 3, 178 entsprechende Anwendung der §§ 912ff.). In RG 87, 373 ist dahingestellt gelassen, ob dies allgemein zu gelten habe, jedoch ist es gebilligt für den Fall, daß durch das Landesgesetz ein Bauen ohne Wahrung der Abstandsgrenze unbedingt verboten ist. Der Nachbar kann daher, auch wenn er gegen Nichteinhaltung der Abstandsgrenze beim Bau Widerspruch nicht erhoben hat und der Bauende gutgläubig gewesen ist, gemäß § 1004 Zurückrückung des Baues verlangen, und, wenn der Bauende schuldhaft gehandelt hat, nach § 823 Schadensersatz beanspruchen (vgl. RG 87, 372).

6. **Gebaut** muß sein. Daher ist nicht überbaut ein Gebäude, das infolge Alters oder Gebrechlichkeit die Grenze überragt (§§ 905, 908; vgl. OLG. 26, 26).

7. **Vorsatz** ist vorhanden, wenn der Bauende sich der Grenzüberschreitung bewußt ist; nicht erforderlich ist die Absicht, den Nachbarn zu schädigen (M 1, 280; SeuffA 56 Nr 126). **Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit** (vgl. über letztere RG 47, 116; JW 06, 302[7]) liegt nicht vor, wenn der Bauende sich hinsichtlich des Verlaufs der Grenze oder, falls er weiß, daß er über die Grenze baut, sich hinsichtlich des Rechtes, über die Grenze zu bauen, im entschuldbaren Irrtum (guten Glauben; z. B. darüber, daß er Eigentümer auch des Nachbargrundstücks sei) befindet (RG 52, 15; 74, 88; 83, 146; 88, 41; Warn 1915 Nr 270; OLG 26, 25; a. M. SeuffA 56 Nr 223), oder ohne grobe Fahrlässigkeit annimmt, daß der Nachbar mit dem Überbau einverstanden sei (OLG 15, 348). Ist aber der Überbau auf Grund und in Gemäßheit einer Vereinbarung erfolgt, wodurch der Erbauer eine rechtliche Befugnis zum Bauen über die Grenze wirklich erworben hat, so findet § 912 keine Anwendung (RG Warn 1915 Nr 270). Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit muß auch ohne Widerspruch des Nachbars der Überbau, da eine Duldungspflicht des Nachbars (§ 1004 Abs 2) nicht besteht, gemäß § 1004 Abs 1 beseitigt werden (RG 52, 17; 88, 40). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die grobe Fahrlässigkeit hinsichtlich der Nichtbeachtung des Grenzzuges oder hinsichtlich der die Grenzüberschreitung verursachenden Art (insbesondere fehlerhaften Art) der Bauausführung vorliegt (RG 88, 41).

8. Der Überbauende muß **beweisen,** daß ihm **weder** Vorsatz **noch** grobe Fahrlässigkeit **zur Last fällt** (Prot 3, 131; RG 47, 117).

9. **Nachbar** ist der Eigentümer oder Miteigentümer (§ 1011) des überbauten Grundstücks. Ihm stehen die entschädigungsberechtigten Erbbau- oder Dienstbarkeitsberechtigten (§ 910) gleich. Darauf, daß der Nachbar (z. B. die Erben des verstorbenen eingetragenen Eigentümers) der Person und dem Aufenthaltsorte nach bekannt ist, kommt es nicht an; es darf nur das Grundstück nicht herrenlos (vgl. § 927 A 8; § 928 A 2) sein (RG 83, 147; vgl. A 11). — Wegen Fehlens eines Nachbarverhältnisses findet § 912 nicht Anwendung, wenn der Bauende die Grenze eines andern ihm ebenfalls gehörigen Grundstücks überbaut (RG 65, 361; 72, 272; Warn 1910 Nr 335; OLG. 26, 25; a. M. OLG 10, 108). Veräußert

der Bauende später ein Grundstück, so richtet es sich nach dem Inhalt des Vertrags, was bezüglich des Überbaues gelten soll. Beim Mangel einer Bestimmung ist anzunehmen, daß der Erwerber des überbauten Grundstücks den ihm beim Vertragsschluß bekannt gewesenen Überbau ohne Entschädigung dulden muß und daß der Erwerber des andern Grundstücks von dem Bauenden, der das überbaute Grundstück behält, die Duldung des Überbaues ohne Entschädigung verlangen kann. Erwirbt dagegen jemand in der Zwangsversteigerung das überbaute Grundstück, so ist er Eigentümer auch des Gebäudes, soweit es auf seinem Grundstück steht (**RG** 53, 311; 65, 363; 70, 201; 72, 269; Gruch 45, 1018).

10. Die Pflicht, **den Überbau zu dulden,** ist eine grunddienstbarkeitähnliche Beschränkung des Eigentums, das an der überbauten Fläche dem bisherigen Eigentümer verbleibt (**RG** 65, 362; auch 72, 272). Das Recht auf Duldung wirkt dinglich und ist, weil auf Gesetz beruhend, nicht eintragungsbedürftig (**RG** JW 06, 17[16]). Anderseits ist es auch nicht eintragungsfähig, weil die Duldungspflicht eine dem Eigentum nach dem Gesetze von selbst anhaftende Schranke ist, die den allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken nicht untersteht (str.). Soll dagegen auf das Recht verzichtet oder soll es sonst aufgehoben werden, so ist die Eintragung notwendig und auch zulässig, weil es sich dann um die Bestellung einer Grunddienstbarkeit zu Lasten des Grundstücks des Überbauenden handelt (§§ 1018 Schlußsatz, 873). — Das Recht auf Duldung hat ferner entsprechend dem § 95 Abs 1 Satz 2 die Wirkung, daß der hinübergebaute Gebäudeteil nicht (nach §§ 93, 94 Abs 1, 946) Bestandteil des Nachbargrundstücks wird (M 3, 287; **RG** 72, 272; 83, 147; OLG 29, 341; vgl. § 95 A 5 über Errichtung einer Mauer auf der Grenze mit der Zweckbestimmung, daß die Mauer gemeinschaftliche Giebelmauer der Nachbarn werden soll). Vielmehr ist der Gebäudeteil wesentlicher Bestandteil des Grundstücks des Bauenden, da das Gebäude ein einheitliches Ganze, daher der Gebäudeteil gemäß § 93 wesentlicher Bestandteil des Gebäudes und der auf dem Grundstück des Bauenden befindliche Gebäudeteil gemäß § 94 Abs 1 wesentlicher Bestandteil dieses Grundstücks ist (**RG** 83, 148; OLG 29, 341; vgl. § 94 A 3). Dabei macht es keinen Unterschied, ob der hinübergebaute Teil der geringere Teil oder der Hauptteil des Gebäudes ist, da er immer wesentlicher Bestandteil des durch den andern Teil mit dem Grund und Boden des Grundstücks des Bauenden fest verbundenen (§ 94 Abs 1) Gebäudeganzen ist (vgl. **RG** 83, 148). Hieran wird, auch wenn der Bauende demnächst das Nachbargrundstück hinzuerwirbt, dadurch allein noch nichts geändert. Damit in solchem Falle der hinübergebaute Teil Bestandteil des Nachbargrundstücks wird (während der andere Teil Bestandteil des andern Grundstücks bleibt, vgl. § 94 A 1), ist weiter erforderlich, daß der Bauende im Bewußtsein der ihm nun gebotenen Möglichkeit der Veränderung des bestehenden Zustandes den Willen faßt, den hinübergebauten Gebäudeteil zu einem Bestandteil des Nachbargrundstücks werden zu lassen, und er diesen Willen nach außen kundgibt, z. B. dadurch, daß er den Gebäudeteil als Bestandteil auf dem Grundbuchblatt des Nachbargrundstücks vermerken läßt (**RG** 83, 149). Wie zwischen den Nachbarn von vornherein vereinbart werden kann, daß der zu überbauende Gebäudeteil dem Eigentümer des zu überbauenden Grundstücks gehören soll (s. A 1), so können die Nachbarn, wenn das Gebäude, zu dem der Überbau gehört, späterhin so eingerichtet wird, daß der Überbau für das Gebäude überflüssig wird und seine ursprüngliche Zweckbestimmung verliert, vereinbaren, daß der Überbau dennoch bestehen bleiben (s. § 914 Abs 1 Satz 2), aber nunmehr in das Eigentum des Eigentümers des überbauten Grundstücks übergehen und eine Rentenpflicht nicht mehr bestehen soll (s. § 914 A 4). Die Folge dieser Vereinbarung, die nicht der Form des § 313 bedarf, da sie nicht eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück zum Gegenstande hat, ist dann, wie auch in dem zuerst genannten Falle, daß der überbaute Gebäudeteil nach § 94 Abs 1 Bestandteil des überbauten Grundstücks wird (vgl. OLG 29, 342). Dadurch aber, daß der Eigentümer des überbauten Grundstücks einen Anbau an den Überbau errichtet, wird für sich allein der Überbau weder nach § 94 Abs 1 Bestandteil dieses Grundstücks noch Bestandteil des Anbaus, da die Rentenpflicht bestehen bleibt und auch an der Zweckbestimmung des Überbaus nichts geändert wird (vgl. OLG 29, 341).

11. **„Sofort"** bedeutet nicht unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121). Wer also in entschuldbarer Unkenntnis von dem Überbau den Widerspruch unterläßt, ist trotzdem zur Duldung des Überbaus verpflichtet. Daß der Eigentümer des Nachbargrundstücks von der Grenzüberschreitung Kenntnis haben oder sonst hiergegen Widerspruch zu erheben in der Lage sein muß, wenn die in § 912 bestimmte Folge des Unterbleibens des Widerspruchs eintreten soll, ergibt sich aus der Gesetzesvorschrift nicht (**RG** 83, 147; vgl. A 9). Da demgemäß die Unterlassung des Widerspruchs nach BGB nicht als genehmigende Willenserklärung aufzufassen ist, kann die durch Zwang, Betrug oder Irrtum herbeigeführte Unterlassung des Widerspruchs nicht angefochten werden (str., anders **RG** 38, 289 für preuß. Recht). Wohl aber kann von dem Zwingenden oder Betrüger Schadensersatz (§§ 823, 826) verlangt werden.

12. Der **Widerspruch** bedarf keiner Form (z. B. durch einen Boten, RG V 249/01). Er kann gegenüber dem Bauenden oder demjenigen, der nach Lage der Verhältnisse als dessen Vertreter anzusehen ist (Bauleiter, RG V 294/01) erfolgen. — Den Beweis, daß ein Widerspruch rechtzeitig (vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung, A 11) erhoben ist, hat der Widerspruchsberechtigte (A 9), der Beseitigung des Baues verlangt, zu führen (Prot 3, 135). — Hat der Nachbar vorher den Überbau genehmigt, so ist sein nachträglicher Widerspruch wirkungslos, weil er dadurch wider Treu und Glauben verstößt. Jedoch kann er, wenn er nicht etwa die Genehmigung unter Verzicht auf jedes Entgelt erteilt hat, die Rente nach Abs 2 oder Wertersatz gegen Übertragung des Eigentums an dem überbauten Grundstücksteile gemäß § 915 verlangen (RG 74, 87; OLG. 29, 341). — Ein, sei es auch aus irrtümlichen Beweggründen, wieder fallen gelassener Widerspruch ist wirkungslos (SeuffA 62 Nr 109).

13. Die **Geldrente** ist die Entschädigung für die Duldungspflicht; daneben haftet der Überbauende für jeden schuldhaft durch Eingriffe in sonstige Rechte des Nachbars (z. B. dadurch, daß er auf dessen Gebäudefundamente baut) verursachten Schaden nach § 823 (RG 65, 73; OLG 26, 27; 26, 28). Hat allerdings der Nachbar die unbedingte Erlaubnis zu dem Überbau erteilt, so kann ein Schadensersatzanspruch nicht in Frage kommen, da der Überbauende dann nicht widerrechtlich gehandelt hat (vgl. OLG 26, 27; wegen etwaigen Anspruchs auf Rente s. A 12). — Die Rentenpflicht beginnt mit dem Zeitpunkt der Grenzüberschreitung. — Der Anspruch auf die Rente überhaupt ist unverjährbar, der auf die einzelne fällige Rente verjährt in 4 Jahren (§ 197). — Durch die Zwangsversteigerung wird die Rentenpflicht nicht berührt (§ 52 ZVG). — Bezüglich der Rente gelten nach Art 116 EG nicht die landesgesetzlichen Vorbehalte der Artt 113, 115 EG; ihre Ablösbarkeit, Höhe oder Umwandlung kann landesgesetzlich nicht geregelt werden.

14. Auf die **Höhe** der Rente ist eine nach der Grenzüberschreitung eintretende Wertsänderung ohne Bedeutung.

§ 913

Die Rente für den Überbau[1]) ist dem jeweiligen Eigentümer[2]) des Nachbargrundstücks von dem jeweiligen Eigentümer[2]) des anderen Grundstücks zu entrichten.

Die Rente ist jährlich[3]) im voraus zu entrichten[4]).

E I 857 Abs 2, 858 Abs 1 II 827; M 3 285 f.; P 3 135 f.; 6 229 f.

1. Das Recht auf die **Rente** (im Gegensatz zum einzelnen Rentenbetrag) gilt als Bestandteil des berechtigten Grundstücks (§ 96) und kann von dem Eigentum an dem berechtigten Grundstück nicht getrennt (§§ 914 Abs 3, 1110), also allein auch nicht abgetreten oder gepfändet werden.

2. Da die Rente **dem jeweiligen Eigentümer** des überbauten **vom jeweiligen Eigentümer** des andern Grundstücks zu entrichten, ist das Rentenrecht subjektiv und objektiv dinglich. — Entschädigungsberechtigt sind außer dem Eigentümer (des überbauten Grundstücks) auch der Erbbau- und Dienstbarkeitsberechtigte (§ 916). Für die anderen Realberechtigten, z. B. die Hypothekengläubiger, wird der Überbau durch die damit verbundene Entschädigung bedeutungslos. Wohl aber haben sie ein Interesse an der Höhe der Entschädigung und können auf deren Festsetzung klagen. Das Urteil macht jedoch nur unter den Parteien Rechtskraft; auch ein Vertrag über die Höhe der Rente wirkt nur den an dem Vertrage Beteiligten gegenüber (M 3, 286).

3. Das **erste Jahr** beginnt mit dem Tage der Grenzüberschreitung.

4. Eine von Abs 2 abweichende Regelung der **Entrichtung** ist zulässig. Sie hat aber Dritten gegenüber nur Wirkung, wenn sie ins Grundbuch eingetragen ist (§ 914 Abs 2). — Das Rentenrecht ist unverjährbar. Denn es entsteht mit der Fortdauer der Berechtigung des Überbaues stets neu (§ 198; M 3, 286). Der Anspruch auf die fälligen Rentenbeträge verjährt in 4 Jahren (§ 197).

§ 914

Das Recht auf die Rente geht allen Rechten an dem belasteten Grundstück, auch den älteren, vor[1]). Es erlischt mit der Beseitigung des Überbaues[2]).

Das Recht wird nicht in das Grundbuch eingetragen[3]). Zum Verzicht[4]) auf das Recht sowie zur Feststellung der Höhe der Rente durch Vertrag ist die Eintragung erforderlich[5]).

Im übrigen finden die Vorschriften Anwendung, die für eine zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehende Reallast gelten[6]).

E I 858 Abs 1 II 827 Abs 2; M 3 285 f.; P 3 136 f.; 6 229 f

1. Das Rentenrecht muß **allen, auch den älteren Rechten vorgehen,** wenn es einen ausreichenden Ersatz für die entzogene Benutzung der überbauten Fläche bilden soll (DS 191). — Mehrere Überbau- (oder Notweg-) Renten haben nicht gleichen Rang, vielmehr bestimmt sich ihr Rang nach der Zeit ihrer Entstehung, da sie nur anderen Rechten vorgehen und daher untereinander das Zeitvorrecht (zeitliche Priorität) entscheiden muß (str.). — Durch die Zwangsversteigerung wird das Recht auf die Rente nicht berührt (§ 52 Abs 2 ZVG). Über die Rangordnung der einzelnen Rentenbeträge im Zwangsversteigerungsverfahren s. § 10 Nr 4, 8, § 11 ZVG.

2. Die Rente **erlischt** kraft Gesetzes **mit der Beseitigung des Überbaues,** weil hierdurch die als Gegenleistung anzusehende Duldungspflicht wegfällt. — Aufhebung durch Verzicht: A 4. — Die in Artt 113—115 EG vorbehaltenen landesgesetzlichen Vorschriften über Ablösung sind nach Art 116 EG unanwendbar.

3. Die **Eintragung** der Rente in ihrer gesetzlichen (d. i. nach der zur Zeit der Grenzüberschreitung, § 912 Abs 2, angemessenen) Höhe (hinsichtlich einer vertragsmäßig festgesetzten s. A 5) ist nicht zulässig („wird" nicht eingetragen). Die §§ 892, 893 finden nicht Anwendung; trotz der Nichteintragung wirkt das Rentenrecht auch gegen den gutgläubigen Erwerber des rentenpflichtigen Grundstücks (Prot 3, 136, **RG** 62, 101, s. § 892 A 2).

4. Soll der **Verzicht** auf das Recht nicht bloß schuldrechtliche (unter den Beteiligten), sondern dingliche Wirkung haben, so ist seine **Eintragung** erforderlich (RJA 1, 28). Diese erfolgt maßgeblich auf dem Blatte nicht des rentenberechtigten, sondern des rentenbelasteten Grundstücks, und zwar in Preußen in Abt II in Form eines Löschungsvermerks, da es so anzusehen ist, als wäre die Rente auf dem belasteten Grundstücke eingetragen (PrAVf v. 20. 11. 99 § 11 Nr 4, str.). Jedoch ist die Eintragung auf dem Blatte des rentenberechtigten Grundstücks daneben nach § 8 GBO zulässig. — Notwendig ist ferner Einhaltung der Form des § 875 und gemäß § 876 Satz 2 die Zustimmung der Realgläubiger des überbauten Grundstücks, da ihnen an Stelle der überbauten Fläche die Rente haftet (Prot 3, 136).

5. Die **Feststellung der Höhe** der Rente **durch Vertrag** erlangt gemäß § 873 dingliche Wirkung nur durch **Eintragung,** und zwar auf dem Blatte des rentenbelasteten Grundstücks (PrAVf v. 20. 11. 99 § 11 Nr 4); auf dem Blatte des berechtigten Grundstücks ist die Eintragung nach § 8 GBO zulässig. — Zur Eintragung ist die Zustimmung der Realberechtigten des rentenberechtigten Grundstücks gemäß §§ 876 Satz 2, 877 jedenfalls dann erforderlich, wenn die Rente niedriger als die gesetzliche (A 3) ist, da hierin eine teilweise Aufhebung der den Realberechtigten an Stelle des überbauten Grundstücksteils haftenden gesetzlichen Rente liegt. Die Zustimmung ist nach §§ 877, 876 Satz 2 nicht erforderlich, wenn erhellt, daß die festgesetzte Rente ebenso hoch oder höher als die gesetzliche ist, weil dann das Recht der Realberechtigten durch die Festsetzung nicht berührt wird (str.). Die Zustimmung der Realberechtigten des rentenpflichtigen Grundstücks ist nur erforderlich, wenn die festgesetzte Rente insoweit, als sie die gesetzliche Höhe übersteigt, den Vorrang vor den Realberechtigten erlangen soll (Prot 3, 136). Die Eintragung mit dem Vorrang vor den eingetragenen Berechtigten wird daher der Grundbuchrichter nur dann vornehmen dürfen, wenn die Zustimmung der Berechtigten beigebracht oder etwa gehörig (§ 29 GBO) nachgewiesen wird, daß die festgesetzte Rente die gesetzliche Höhe nicht übersteigt.

6. Auf das Rentenrecht finden **Anwendung die Vorschriften** über die subjektiv-dinglichen Reallasten, insbesondere die §§ 1108 Abs 1 (persönliche Haftung des Eigentümers), 1110 (Unabtrennbarkeit); dagegen nicht die §§ 1111, 1112, die nur subjektiv-persönliche Reallasten betreffen. — Wird das belastete Grundstück geteilt, so bleibt die dingliche Haftung aller Teile bestehen (vgl. aber Art 120 EG). Auch persönlich für die fällig gewordenen Rentenbeträge haften nach § 1108 Abs 2 die Eigentümer aller Teile, nicht bloß der Eigentümer des Teiles, auf dem der andere Gebäudeteil steht, weil das Eigentum am ganzen Grundstück mit dem Rentenrecht belastet ist (str.). Im Falle der Teilung des berechtigten Grundstücks verbleibt nach § 1109 Abs 3 das Rentenrecht bei dem überbauten Grundstücksteil allein, da die Rente als Entschädigung für die Duldungspflicht gewährt wird.

§ 915

Der Rentenberechtigte[1]) kann jederzeit[2]) verlangen[3]), daß der Rentenpflichtige ihm gegen Übertragung des Eigentums an dem überbauten Teile des Grundstücks den Wert ersetzt, den dieser Teil zur Zeit der Grenzüberschreitung gehabt hat[4]). Macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so bestimmen sich die Rechte und Verpflichtungen beider Teile[5]) nach den Vorschriften über den Kauf[6]).

Für die Zeit bis zur Übertragung des Eigentums ist die Rente fortzuentrichten[7]).

E I 859 II 828; M 3 287; P 3 138; 4 589.

1. Nur der **Rentenberechtigte,** nicht der Rentenpflichtige hat das Recht, statt Rente (§ 912 Abs 2) Grundabnahme zu wählen, und auch nur der rentenberechtigte Eigentümer, nicht der Erbbauberechtigte, da § 915 in § 916 nicht angeführt ist.

2. Das Recht ist **unverjährbar** (§ 924).

3. Für das **Verlangen** auf Wertersatz ist eine Form nicht vorgeschrieben. Es wird dem Rentenpflichtigen gegenüber erklärt. § 313 findet nicht Anwendung, da im Falle des Verlangens der Rentenpflichtige gesetzlich zur Grundabnahme verpflichtet ist (vgl. **RG** 74, 90). Mit der einseitigen Abgabe der Erklärung (§ 130) wird zwischen den Beteiligten das Rechtsverhältnis eines Kaufes begründet, ohne daß es des Abschlusses eines förmlichen Kaufvertrags bedarf. — Die Schadensersatzgrundsätze (z. B. §§ 251, 252, 254) finden keine Anwendung, wenn ohne rechtswidrigen Vorsatz und ohne Fahrlässigkeit überbaut ist (vgl. **RG** 74, 90).

4. Die **Übertragung des Eigentums an dem überbauten Grundstücksteil** (durch Auflassung, deren Entgegennahme seitens des Rentenpflichtigen gemäß § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil ersetzt werden kann) und der nötigenfalls im Prozeßwege festzusetzende, nach dem **Zeitpunkte der Grenzüberschreitung** zu bemessende **Wertersatz** finden Zug um Zug statt (§§ 273 Abs 1, 274).

5. Nur für **beide Teile,** nicht für Dritte, so daß z. B. ein Vorkaufsberechtigter nicht geltend machen kann, es sei ein Kauf geschlossen, in den er einzutreten berechtigt sei.

6. Es finden die **Vorschriften über den Kauf** §§ 433ff. Anwendung. Der Kaufpreis ist der Wert zur Zeit der Grenzüberschreitung. Das Grundstück ist gemäß § 434 frei von Lasten zu übertragen (M 3, 287; Prot 3, 138).

7. Deshalb sind die in der Zwischenzeit vom Verlangen der Grundabnahme **bis zur Übertragung des Eigentums** entrichteten Renten von dem Wertersatzkapital nicht abzurechnen. Wenn aber das Kapital schon vor der Eigentumsübertragung gezahlt oder beigetrieben (§§ 322 Abs 3, 274 Abs 2) wird, ist der Zahlende dem Empfänger gegenüber von weiteren Rentenzahlungen befreit; denn in der Annahme (Einziehung) des Kapitals liegt die Erklärung der Erledigung der Rechte des Empfängers (M 3, 287). Freilich, das Rentenrecht als subjektiv-dingliches Recht und die Eigentumsbeschränkung (Duldungspflicht) bleiben bis zur Übertragung des Eigentums bestehen (M 3, 287). Dies kann von Bedeutung werden, wenn der Rentenberechtigte oder der Rentenverpflichtete sein Grundstück an einen Dritten veräußert.

§ 916

Wird durch den Überbau ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit[1]) an dem Nachbargrundstücke beeinträchtigt, so finden zugunsten des Berechtigten die Vorschriften der §§ 912 bis 914 entsprechende Anwendung[2]).

E I 860 II 829; M 3 286; P 3 138.

1. Sind mehrere **Erbbau-** oder **Dienstbarkeitsberechtigte** (VO v. 15. 1. 19, §§ 1018, 1030, 1090) vorhanden, so ist für jeden die Rente selbständig festzusetzen (Prot 3, 138). — Keine Anwendung findet der Paragraph auf andere Rechte an dem Nachbargrundstücke, wie Hypotheken, weil diesen Rechten gemäß §§ 96, 1107, 1126 mit dem Grundstück auch das Rentenrecht des Eigentümers unterworfen ist.

2. **§ 912** ist nicht entsprechend anzuwenden, wenn der Eigentümer eines Grundstücks, von dem eine Teilfläche mit einer das Überbauen verbietenden Grunddienstbarkeit belastet ist, über die Grenze des unbelasteten Teiles auf den belasteten Teil hinüberbaut (**RG** 47, 356; **RG** JW 02 Beil 258; OLG 15, 348; a. M. SeuffA 57 Nr 13), oder wenn der Eigentümer eines Grundstücks, das mit der Dienstbarkeit der Nichtbebaubarkeit belastet ist, dieses bebaut (**RG** 48, 262; s. § 912 A 5). In beiden Fällen kann der Dienstbarkeitsberechtigte gemäß §§ 1004, 1027, 1065, 1090 Abs 2 die Beseitigung des sein Recht beeinträchtigenden Baues verlangen. — Nach **§ 914 Satz 2** erlischt das Rentenrecht mit der Beseitigung des Überbaues. — § 915 findet nicht Anwendung. — Vorbehalte für die Landesgesetzgebung: Artt 57, 63, 68 EG.

§ 917

Fehlt[1]) einem Grundstücke[2]) die zur ordnungsmäßigen Benutzung[3]) notwendige Verbindung[4]) mit einem öffentlichen Wege[5]), so kann der Eigentümer[6]) von den Nachbarn[7]) verlangen[8]), daß sie bis zur Hebung des Mangels[9]) die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforder-

lichen Verbindung[10]) dulden[11]). Die Richtung des Notwegs und der Umfang des Benutzungsrechts werden erforderlichenfalls durch Urteil bestimmt[12]).

Die Nachbarn, über deren Grundstücke der Notweg führt, sind durch eine Geldrente zu entschädigen[13]). Die Vorschriften des § 912 Abs 2 Satz 2 und der §§ 913, 914, 916[14]) finden entsprechende Anwendung[15]).

E I 863 II 830; M 3 289 ff.; P 3 149 ff.

1. **Notweg.** Die Verbindung **fehlt,** wenn das betreffende Grundstück von dem öffentlichen Wege gänzlich abgeschnitten ist und die Trennung durch dazwischen liegende fremde Grundstücke bewirkt wird. Daher fehlt die Verbindung nicht, wenn sie nur unbequem ist (vgl. A 4), oder wenn der Eigentümer über andere ihm gehörende Grundstücke oder unter Ausübung eines ihm zustehenden dinglichen (z. B. einer Grunddienstbarkeit) oder persönlichen Rechtes über fremde Grundstücke zum öffentlichen Wege gelangen kann (vgl. OLG 2, 506; 12, 124; 26, 29). Das Fehlen der Verbindung hört auf, wenn der Eigentümer des betreffenden Grundstücks ein angrenzendes Grundstück, das mit einem öffentlichen Wege in Verbindung steht, hinzuerwirbt, mögen auch gewisse Änderungen (z. B. Entfernung von Zäunen) erforderlich sein, um die Verbindung mit dem öffentlichen Wege über das hinzuerworbene Grundstück herzustellen (vgl. OLG 26, 30). — Nicht erforderlich ist, daß die Notlage eine unverschuldete ist (DS 292).

2. Gleichviel, ob das **Grundstück** bebaut ist oder nicht.

3. **Ordnungsmäßig** ist die der Größe, Lage, Kulturart und Umgebung des Grundstücks und den wirtschaftlichen Verhältnissen nach vernünftigem Ermessen entsprechende **Benutzung** (**RG** 79, 117); auch dann, wenn das Grundstück bisher nicht oder anders benutzt worden ist (DS 292; Prot 3, 152; **RG** Warn 1914 Nr 290; auch SeuffA 61 Nr 41). Jedoch darf letzterenfalls die Änderung der Benutzungsart, wodurch die Notlage erst geschaffen wird, nicht eine willkürliche Handlung im Sinne des § 918 Abs 1 sein (Prot 3, 153; vgl. auch OLG 12, 124); es genügt aber, wenn die von der früheren Benutzungsart abweichende Art der Benutzung den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht (**RG** Warn 1914 Nr 290). Grundsätzlich gleichgültig ist es, ob der Eigentümer selbst oder ein Pächter oder ein sonstiger Berechtigter die Benutzung ausübt. Jedoch hat das persönliche Bedürfnis des einzelnen Eigentümers oder des zeitig sonst zur Benutzung Berechtigten außer Betracht zu bleiben (**RG** 79, 119; SeuffA 62 Nr 70). Daher kann der Eigentümer z. B. nicht deswegen einen Notweg verlangen, weil er genötigt sei, das Grundstück zu verpachten, und er ohne den Notweg nicht zu einem angemessenen Preise verpachten könne, oder weil für die Lebensverhältnisse seines gegenwärtigen Pächters der Notweg erforderlich sei (**RG** 79, 119).

4. **Notwendig** ist die **Verbindung** nicht, wenn eine andere Verbindung besteht oder vom Eigentümer selbst hergestellt werden kann, mag diese auch eine längere Zeit beanspruchen, oder schwieriger sein (vgl. SeuffA 13 Nr 210; OLG 2, 506; 26, 31), oder mag ihre Herstellung einen größeren Kostenaufwand erfordern (str.). Auch bei vorhandener Möglichkeit, auf Grund eines persönlichen Anspruchs auf Bestellung einer Wegegerechtigkeit die Herstellung eines Verbindungsweges herbeizuführen, ist Fehlen einer notwendigen Verbindung im Sinne des § 917 in der Regel zu verneinen (vgl. OLG 26, 30). Jedoch kann anderseits die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung auch beim Vorhandensein eines Verbindungswegs fehlen, wenn die Benutzung dieses Weges öfter (z. B. durch Überschwemmungen) behindert ist (**RG** 79, 120; vgl. SeuffA 4 Nr 204).

5. Die Verbindung mit einem **Wege** muß fehlen, der ein **öffentlicher** ist. Fehlen der Verbindung mit einem andern Grundstücke desselben Eigentümers, oder z. B. mit einem Fluß, einer Eisenbahn, gibt daher nach BGB kein Notwegrecht. Vgl. jedoch Art 123 EG (Vorbehalt für die Landesgesetze in letzterer Hinsicht). — Was ein öffentlicher Weg ist, bestimmt sich beim Fehlen reichsrechtlicher Vorschriften (Artt 2, 3, 32, 55 EG) nach Landesrecht (vgl. für Preußen **RG** 14, 263; JW 96, 89[102]; 00, 451[33]; 01 S. 170[28], 585[29]; 06, 233[19]; Gruch 40, 1173; 42, 720; 43, 1101; 44, 1134). Die Frage ist, obgleich sie dem öffentlichen Recht angehört, als Bestandteil eines Privatrechtsstreits von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden (**RG** JW 06, 233[19]).

6. Dem **Eigentümer** stehen gleich Erbbauberechtigte (§ 1017, VO v. 15. 1. 19 § 11) owie die in Artt 63, 68 EG genannten Berechtigten (vgl. **RG** 79, 118), nicht auch sonstige Berechtigte am Grundstücke, wie Nießbraucher, Pächter (**RG** 79, 119). Befindet sich das wegebedürftige Grundstück im Miteigentum mehrerer, so kann nicht jeder für sich, sondern müssen alle Miteigentümer gemeinsam das Verlangen stellen, weil die Einräumung des Notwegs von einer Gegenleistung abhängig ist, die alle Miteigentumsanteile belastet (str., vgl. **RG** Gruch 30, 443).

7. **Die Nachbarn** brauchen nicht unmittelbar Anlieger zu sein, sondern sind alle Eigentümer der umliegenden Grundstücke bis zum öffentlichen Wege (M 3, 292, auch **RG** 50, 322). Steht ein solches Grundstück im Eigentume mehrerer Miteigentümer, so ist der Anspruch auf Notweg gegenüber allen Miteigentümern gemeinsam zu erheben (**RG** JW 06, 233[19]). — Gegen einen Besitzer, Nießbraucher oder sonstigen Berechtigten am Grundstücke konn der Anspruch nicht verfolgt werden (SeuffA 56 Nr 267). Vgl. aber hinsichtlich der Erbbau- und Dienstbarkeitsberechtigten A 14.

8. Das **Verlangen** kann, wenn die Beteiligten sich nicht einigen, nicht nur im Wege der Klage, sondern, da das Notwegrecht schon mit dem Vorliegen seiner gesetzlichen Voraussetzungen besteht, nicht etwa erst durch Urteilsspruch begründet wird (M 3, 292; A 12), auch im Wege der Einrede (z. B. gegenüber der Eigentumsfreiheitsklage des Nachbars) und im Wege der Widerklage verfolgt werden (**RG** JW 06, 233[19]; SeuffA 61 Nr 205). Die Klage ist, wenn mehrere Grundstücke für den Notweg in Betracht kommen, gegen die Eigentümer aller dieser Grundstücke zu richten. Ist dabei ein nach Meinung des Gerichts ungeeignetes Grundstück in Anspruch genommen, so wird insoweit die Klage abgewiesen (SeuffA 56 Nr 267). Die Richtung des Weges braucht die Klage nicht im einzelnen anzugeben, da nach Satz 2 hierüber das Urteil nähere Bestimmung zu treffen hat. — Der Anspruch unterliegt nach § 924 nicht der Verjährung. — Die tatsächliche Ausübung des Notwegrechts gibt keinen Besitzschutz, da das BGB grundsätzlich nur einen Sach-, nicht auch einen Rechtsbesitz kennt, und die im § 1029 für eingetragene Dienstbarkeiten gegebene Ausnahmevorschrift auf ein Notwegrecht, das weder eine Dienstbarkeit ist noch eingetragen wird, nicht anwendbar ist (str., M 3, 292, anders Prot 3, 155; OLG 10, 110). — Die Pflicht zur Duldung des Notwegs stellt eine auf der Lage des betreffenden Grundstücks beruhende gesetzliche Eigentumsbeschränkung dar (A 11). Sie ist nicht, wenn das Grundstück verkauft wird, ein Mangel im Recht, von dem der Verkäufer den Käufer gemäß § 434 freizuhalten hätte (**RG** Gruch 60, 997).

9. Der **Mangel** kann z. B. **gehoben** werden durch Anlegung eines neuen öffentlichen Weges oder, wenn der Eigentümer durch Erwerb eines andern Grundstücks in die Lage versetzt wird, über seinen eigenen Grund und Boden zu dem öffentlichen Wege zu gelangen (OLG 2, 506; vgl. A 1).

10. Die **erforderliche Verbindung** ist die zur ordnungsmäßigen Benutzung des wegebedürftigen Grundstücks notwendige. Ihr Umfang und ihre Art bestimmen sich nach Lage des einzelnen Falles (z. B. Landweg mit oder ohne Brücke; SeuffA 53 Nr 215). Immer aber muß es sich um einen Weg handeln, wie sich daraus ergibt, daß die Verbindung mit einem öffentlichen Wege hergestellt werden soll (str.). Daher z. B. nicht Herstellung einer Schwebebahn (SeuffA 61 Nr 41), Legung eines Gas- oder Wasserleitungsrohres. — Besteht das Bedürfnis der Verbindung nur für einen Teil des Grundstücks, so kann nur ein entsprechend beschränkter Notweg verlangt werden (**RG** 79, 120).

11. Der Nachbar braucht nur zu **dulden;** er ist nicht zu einer Tätigkeit verpflichtet. Anlage und Unterhaltung des Notwegs liegen dem Notwegberechtigten ob. Das Eigentum am Wegekörper behält der Nachbar. — Die Duldungspflicht ist nicht eine nur schuldrechtliche, sondern eine auf dem Grundstück lastende, das Eigentumsrecht (§ 903) einschränkende Pflicht (A 8). Deshalb ist sie nicht eintragungsbedürftig. Sie ist aber auch nicht eintragungsfähig, da es sich nicht um eine selbständige Belastung zugunsten eines bestimmten Berechtigten, sondern um eine dem Eigentum gesetzlich innewohnende Schranke handelt (str.).

12. Das **Urteil** bewirkt nicht die Entstehung des Rechtes auf den Notweg (konstitutiv), sondern stellt nur (deklaratorisch) das Bestehen und den Umfang des Rechtes fest, das beim Vorliegen der Voraussetzungen kraft Gesetzes entsteht (M 3, 292; SeuffA 61 Nr 205). Deswegen kann das Recht auch im Wege der Einrede geltend gemacht werden (A 8) und ist auch die durch das Urteil gegebene nähere Begrenzung des Wegerechts nicht eintragbar (A 11). — Das Urteil hat die Einzelheiten des Notwegs, seine Richtung und die Zeit und Art seiner Benutzung festzustellen. — Die Zwangsvollstreckung im Falle der Zuwiderhandlung gegen die im Urteil auferlegte Duldung erfolgt nach § 890 ZPO. — Wird die Ausübung des festgesetzten Notwegs beeinträchtigt, so steht dem Notwegberechtigten, da es sich um ein einer Grunddienstbarkeit ähnliches Recht handelt, die Abwehrklage nach §§ 1004, 1027 zu (vgl. OLG 29, 339).

13. Die Höhe der **Rente, wodurch die Nachbarn zu entschädigen sind,** bestimmt sich nicht nach dem Nutzen, den der Eigentümer des notwegbedürftigen Grundstücks von dem Notweg hat, sondern nach dem Nachteil, den die Nachbarn durch den Notweg erleiden (**RG** Warn 1914 Nr 290).

14. Die entsprechende Anwendung des **§ 912 Abs 2 Satz 2** ergibt, daß für die Höhe der Rente der Zeitpunkt entscheidend ist, in dem die Duldungspflicht entstanden, d. h. die Notlage vorhanden und das Verlangen gestellt ist; mit diesem Zeitpunkt tritt die Wertverminderung des Grundstücks durch die gesetzliche Eigentumsbeschränkung zutage, z. B. wird der Eigentümer, wenn er verkaufen will, zufolge der dem Käufer mitzuteilenden Geltend-

machung des Notweganspruchs sich mit einem niedrigeren Kaufpreise begnügen müssen (RG 87, 425). Ihre Festsetzung mit Rücksicht auf die Verhältnisse in diesem Zeitpunkte ist dauernd maßgebend. Deshalb kann eine Erhöhung der festgesetzten Rente wegen späteren Steigens des Grundstückswerts nicht verlangt werden (Prot 3, 156). Wenn aber die Richtung oder der Umfang des Weges geändert werden soll, kann auch eine Änderung der Rente verlangt werden (Prot 3, 156). — Die Rentenpflicht beginnt mit der Duldungspflicht, nicht erst, wenn der Notwegberechtigte tatsächlich den Weg benutzt hat, mögen auch Herstellungsarbeiten zu einer besonderen Anlegung des Weges noch erforderlich sein (RG 87, 425). Daher beginnt, wenn die Duldungspflicht durch Urteil ausgesprochen wird, die Rentenpflicht mit der Rechtskraft des Urteils (RG 87, 425). — Der Notwegverpflichtete darf der Ausübung des Notwegrechts nicht widersprechen, wenn der Notwegberechtigte mit der Zahlung der Rente im Rückstande ist (M 3, 292). — Die entsprechende Anwendung der **§§ 913, 914** ergibt keine Besonderheiten gegenüber der Überbaurente. Vgl. insbesondere über ihre Haftung für die Hypotheken, ihre Unabtrennbarkeit, die rechtliche Natur der Rente, ihre Rangverhältnisse, ihre Festsetzung durch Vertrag, die Unzulässigkeit ihrer Eintragung, ihre Unverjährbarkeit, den Verzicht auf sie, ihr Erlöschen, § 913 A 1, 2, 4; § 914 A 1, 2, 3, 4, 5, 6. — § 915 (Recht des Rentenberechtigten, Abnahme des Grund und Bodens zu verlangen) findet nicht Anwendung. Nach **§ 916** haben diejenigen, denen ein Erbbaurecht oder eine Dienstbarkeit an dem Nachbargrundstücke zusteht, den Notweg ebenso zu dulden, wie der Eigentümer. Anderseits haben sie, soweit sie hierdurch beeinträchtigt werden, gleichfalls einen Anspruch auf Entschädigung durch Rentenzahlung gemäß §§ 912—914. Gleiches gilt von den in den Artt 63, 68, 196 EG aufgeführten Berechtigten.

15. Auf die Rente finden die Vorbehalte für die Landesgesetzgebung in Artt 113—115 EG keine Anwendung (Art 116 EG). — Nach Art 181 Abs 1 EG sind die §§ 917, 918 auch dann anzuwenden, wenn die Voraussetzungen des Notwegs vor dem Inkrafttreten des BGB vorlagen, das Verlangen aber erst später gestellt ist (OLG 2, 506).

§ 918

Die Verpflichtung zur Duldung des Notwegs tritt nicht ein, wenn die bisherige Verbindung des Grundstücks mit dem öffentlichen Wege durch eine willkürliche Handlung[1]) des Eigentümers[2]) aufgehoben wird.

Wird infolge der Veräußerung eines Teiles des Grundstücks der veräußerte oder der zurückbehaltene Teil von der Verbindung mit dem öffentlichen Wege abgeschnitten, so hat der Eigentümer desjenigen Teiles, über welchen die Verbindung bisher stattgefunden hat, den Notweg zu dulden. Der Veräußerung eines Teiles steht die Veräußerung eines von mehreren demselben Eigentümer gehörenden Grundstücken gleich[3]).

E I 863 II 831; M 3 291; P 3 149 ff.

1. Die Aufhebung der Verbindung muß durch eine **Handlung** des Eigentümers (z. B. Abbrechen einer Brücke, Aufführen einer Mauer, auch Verzicht auf eine Wegegerechtigkeit) verursacht sein, so daß Aufhebung durch Naturereignisse nicht hierher zu zählen ist; und die Handlung muß eine **willkürliche** sein, d. h. auf freier Entschließung beruhen und ferner bei Berücksichtigung der Bedürfnisse des Nachbars nach verständigem Ermessen durch die Sachlage nicht geboten erscheinen. Wenn daher die Verbindung durch eine zwar neue, aber ordnungsmäßige Benutzung des Grundstücks aufgehoben wird (z. B. dadurch, daß der Eigentümer auf seinem Grundstücke ein Gebäude oder einen Eisteich errichtet), so liegt eine willkürliche Handlung nicht vor (vgl. RG V 313/06; auch § 917 A 2). Den Beweis der Voraussetzung des § 918 Abs 1 hat der Nachbar zu führen.

2. Der Handlung des **Eigentümers** steht die des Erbbauberechtigten oder auch nur eines der Miteigentümer gleich. — Zufolge der willkürlichen Aufhebung haben auch alle späteren Eigentümer kein Recht auf Notweg.

3. Ein Fall des Abs 1 liegt nicht vor, insbesondere ist die Verbindung nicht **aufgehoben** im Sinne dieser Vorschrift, wenn die frühere Verbindung mit dem öffentlichen Wege fortbesteht und nur, infolge der anderweitigen Benutzung des Grundstücks, unzureichend geworden ist (RG Warn 1914 Nr 290); es kommt dann darauf an, ob die neue Benutzungsart nach vernünftigem Ermessen den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht (s. § 917 A 3).

4. Der (nach § 924 unverjährbare) Anspruch auf Notweg in den Fällen des Abs 2 besteht **nur im Verhältnis der getrennten Grundstücke** zueinander; dritte Grundstücke kommen für den Notweg nicht in Betracht (OLG 26, 32). Auch wenn auf den Anspruch ein Verzicht

erklärt wird, der nur persönliche Wirkung unter den Beteiligten hat (str.; vgl. Prot 5, 153), kann nach Abs 1 gegenüber anderen Nachbarn ein Recht auf Notweg nicht geltend gemacht werden, da die Veräußerung eine willkürliche Handlung war. — Die Worte **„über welchen die Verbindung bisher stattgefunden hat"** kennzeichnen nur den **Teil des** früher einheitlichen **Grundstücks**, welcher infolge der Trennung notwegpflichtig geworden ist. Aus ihnen ist nicht zu folgern, daß der Notweg nur so verlangt und gewährt werden könne, wie der bisherige Eigentümer den Weg nach dem öffentlichen Wege tatsächlich genommen habe; vielmehr darf und muß der Richter den nach allgemeinen Grundsätzen geeigneten Notweg, auch wenn dieser von der Richtung des bisher gewählten Weges abweicht, bestimmen, da Abs 2 nur ein Recht auf **„Duldung eines Notwegs"**, nicht ein Recht auf Duldung der Benutzung des bisherigen Verbindungsweges gewährt (vgl. OLG 26, 31). Im Falle der **Veräußerung eines von mehreren demselben Eigentümer gehörenden Grundstücken** hat der Notweg über dasjenige Grundstück zu führen, über das der Eigentümer vor der Veräußerung von dem nunmehr abgeschnittenen Grundstück zu dem öffentlichen Weg gelangen konnte (vgl. OLG 26, 32).

§ 919

[1]) **Der Eigentümer[2]) eines Grundstücks[3]) kann von dem Eigentümer[4]) eines Nachbargrundstücks verlangen[5]), daß dieser zur Errichtung fester Grenzzeichen[6]) und, wenn ein Grenzzeichen verrückt oder unkenntlich geworden ist, zur Wiederherstellung mitwirkt.[5])**

Die Art der Abmarkung und das Verfahren[7]) bestimmen sich nach den Landesgesetzen[8]); enthalten diese keine Vorschriften, so entscheidet die Ortsüblichkeit.

Die Kosten der Abmarkung sind von den Beteiligten zu gleichen Teilen zu tragen, sofern nicht aus einem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein anderes ergibt.[9])

E I 851 II 832; M 3 268 ff.; P 3 125 f.

1. **Grenzabmarkung.** § 919 hat zur Voraussetzung, daß die Grenze unter den Nachbarn nicht streitig ist, aber feste Grenzzeichen entweder überhaupt nicht vorhanden oder unkenntlich oder verrückt worden sind (**RG**St 41, 96). Ist die Grenze streitig, so greift der vom Grenzabmarkungsanspruche verschiedene Grenzscheidungsanspruch aus § 920 Platz.

2. Dem **Eigentümer** stehen gleich die Erbbauberechtigten (§ 1017, VO v. 15. 1. 19 § 11) und die in Artt 63, 68 EG aufgeführten Nutzungsberechtigten. Nicht auch andere Berechtigte am Grundstücke (z. B. Nießbraucher, Dienstbarkeitsberechtigte, Hypothekengläubiger), da es sich um einen Anspruch aus dem Eigentum handelt (vgl. **RG** 56, 59). — Befindet sich das Grundstück im Miteigentum mehrerer, so kann nach § 1011 ein jeder von ihnen den Anspruch erheben.

3. Gleichviel, ob ländliches oder städtisches **Grundstück**. Jedoch nicht ein Gebäude mit Grenzwänden, die eine Grenzabmarkung unnötig machen (**RG** 44, 171).

4. Außer vom **Eigentümer** auch von Erbbauberechtigten und den in Artt 63, 68 EG aufgeführten Berechtigten am Nachbargrundstücke. Miteigentümer müssen gemeinsam verklagt werden (vgl. **RG** JW 06, 233[19]).

5. Das **Verlangen** der Abmarkung kann bei Zustimmung aller Beteiligten im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit in dem durch die Landesgesetze geordneten Verfahren (vgl. für Preußen §§ 362—371 ALR I 17; Art 89 Nr 1 AG.BGB; Art 31 PrFGG) zur Durchführung gebracht werden (vgl. **RG**St 41, 97; OLG 15, 352). Erhebt der Grenznachbar Widerspruch gegen die Abmarkung, so gewährt § 919 Abs 1 gegen ihn die Klage auf Mitwirkung bei der Grenzabmarkung (**RG**St 41, 97). Der Abs 2 läßt eine Änderung des Reichsrechts in dieser Hinsicht durch die Landesgesetze nicht zu; er bezieht sich nur auf das Verfahren bei der Abmarkung, nicht auf das prozessuale Verfahren. — Die Klage ist im dinglichen Gerichtsstande (§ 24 ZPO) gemäß § 13 GVG vor den ordentlichen Gerichten zu erheben, sofern nicht landesgesetzlich Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte für zuständig erklärt sind (vgl. für Bayern Artt 19, 30 des Abmarkungsges. v. 30. 6. 00; Art 156 AG.BGB). — Der Klagantrag ist zu richten auf Verurteilung des Beklagten zur **Mitwirkung bei der Errichtung** bzw. **Wiederherstellung der Grenzzeichen** und zur Tragung der Hälfte der Abmarkungskosten. — Mit dieser Klage kann auch eine Grenzscheidungsklage aus § 920 verbunden werden (**RG**St 41, 97). — Der Anspruch auf Abmarkung ist dinglicher Natur und nach § 924 unverjährbar. Ein Verzicht auf ihn hat keine Wirkung gegenüber Dritten, weil dingliche Belastungen nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen zulässig sind, ein dinglich

wirkender Verzicht aber eine solche Belastung enthielte (M 3, 270; Prot 3, 126). Zwischen den Beteiligten (schuldrechtlich) ist jedoch der Verzicht wirksam (Prot 3, 126).

6. **Feste Grenzzeichen** sind solche, die in der Zukunft dauernd geeignet bleiben, die durch die Nachbarn erfolgte Anerkennung des Grenzzuges zu beweisen (M 3, 269), sowie die Grenze äußerlich sichtbar zu machen. — Vgl. über den Begriff der Grenzzeichen im Sinne des § 274 Nr 2 StGB RGSt 6, 49; 10, 47; 23, 257; 41, 94; OLG 15, 353.

7. **Die Art der Abmarkung und das Verfahren**, aber auch nur sie bestimmen sich nach den Landesgesetzen, nicht z. B. das Verfahren des Abmarkungsprozesses (s. A 5). — Ist der Nachbar zur Mitwirkung bei der Abmarkung verurteilt (s. A 5), so kann seine Mitwirkung gemäß § 888 ZPO erzwungen werden. — Die Rechte Dritter (ausgenommen die in A 2, 4 bezeichneten) an dem einen oder dem andern Grundstücke (z. B. eines Nießbrauchers), die nicht hinzugezogen worden sind, werden weder durch ein Urteil auf Mitwirkung gegen den Nachbar, noch durch die Abmarkung selbst berührt (M 3, 270; OLG 15, 351).

8. **Über landesgesetzliche** Vorschriften vgl. in dieser Hinsicht für Preußen: AG.BGB Art 89 Nr 1; ALR I 17 §§ 362—371 (vgl. A 5); für Bayern: Abmarkungsges. v. 30. 6. 00.

9. Die **Kosten der Abmarkung**, nicht auch die Kosten des etwa entstehenden Abmarkungsprozesses (wofür die §§ 91 ff. ZPO gelten), sind regelmäßig **von den beiden Grenznachbarn je zur Hälfte zu tragen**, da sich die Abmarkung als ein gemeinschaftliches Geschäft darstellt. Umfaßt das Abmarkungsverfahren mehr als zwei Grundstücke, so trägt jeder Beteiligte nur die Hälfte der auf seine Grenze entfallenden Kosten (Prot 3, 126). Ist ein Grenzzeichen durch Schuld eines Beteiligten beseitigt, verrückt oder unkenntlich geworden, so kann sich daraus (nach § 823 Abs 2 BGB; § 274 Nr 2 StGB) die Verpflichtung ergeben, die Kosten ganz zu tragen (vgl. M 3, 269). — Hat ein Beteiligter mehr als die auf ihn fallenden Kosten bezahlt, so hat er einen Erstattungsanspruch.

§ 920

[1]) Läßt sich im Falle einer Grenzverwirrung[2]) die richtige Grenze nicht ermitteln, so ist für die Abgrenzung der Besitzstand maßgebend[3]). Kann der Besitzstand nicht festgestellt werden, so ist jedem der Grundstücke ein gleich großes Stück der streitigen Fläche zuzuteilen[4]).

Soweit eine diesen Vorschriften entsprechende Bestimmung der Grenze zu einem Ergebnisse führt, das mit den ermittelten Umständen, insbesondere mit der feststehenden Größe der Grundstücke, nicht übereinstimmt, ist die Grenze so zu ziehen, wie es unter Berücksichtigung dieser Umstände der Billigkeit entspricht[5]).

E I 852 II 833; M 3 270 ff.; P 3 126 f.

1. Der **Grenzscheidungsanspruch** aus § 920 setzt im Gegensatze zum Abmarkungsanspruche aus § 919 voraus, daß Streit über den Lauf der Grenze zwischen Nachbargrundstücken besteht (M 3, 270). Jeder der beiden Nachbarn kann gegen den andern im dinglichen Gerichtsstande (§ 24 ZPO) auf Ermittlung der Grenze klagen. Diese Klage ergänzt hinsichtlich der Grenzflächen von Grundstücken den durch die §§ 985, 1004 gewährten Eigentumsschutz (M 3, 270). Will der Eigentümer eine streitige Fläche auf der Grenze bis zu einer bestimmten Linie für sich in Anspruch nehmen und glaubt er sein Eigentum nachweisen zu können, so hat er die Eigentumsklage auf Herausgabe der Fläche (§ 985) oder die Eigentumsfreiheitsklage (§ 1004) zu erheben oder auch (z. B. wenn er selbst im Besitze des Streitstücks ist) auf Feststellung seines Eigentums zu klagen, wobei er eine bestimmte Behauptung aufstellen und einen entsprechenden Antrag stellen muß (M 3, 271). Ist der Lauf der Grenze aber so verdunkelt, daß von keinem Streitteile die richtige Grenze nachgewiesen werden kann, so ist die Klage aus § 920 gegeben. Hierbei braucht der Klagantrag nicht auf Feststellung einer bestimmten Grenze gerichtet zu sein. Vielmehr genügt ein Antrag dahin, den Lauf der Grenze richterlich festzusetzen. Ein solcher Antrag ist mit Rücksicht auf den Klagegrund der Grenzverdunklung ein bestimmter Antrag im Sinne des § 253 Nr 2 ZPO (str.). Ist aber in dem Antrag eine bestimmte Grenze angegeben, so darf der Richter gemäß § 308 ZPO nicht darüber hinaus erkennen und ist der Kläger, wenn er nach der Feststellung des Richters zuviel verlangt hat, insoweit mit der Klage abzuweisen (str.). Die Klage führt aber nicht zu einem judicium duplex in dem Sinne, daß der Kläger verurteilt werden könnte (str.). — Mit der Klage kann auch ein Eigentumsanspruch auf Herausgabe und Ersatz von Früchten (§§ 985 ff.), sowie ein Abmarkungsanspruch (§ 919) verbunden werden (s. § 919 A 5)). — Zur Grenzermittlungsklage aktiv und passiv legitimiert sind nur die Eigentümer der Nachbargrundstücke, da ein Anspruch aus dem Eigentum, gerichtet auf Feststellung des Umfangs des Eigentums, geltend gemacht wird (str.; vgl. RG 56, 60). Im Falle des Miteigentums kann nach § 1011 auch ein einzelner

Miteigentümer klagen, während als Beklagte sämtliche Miteigentümer belangt werden müssen. — Besteht Streit darüber, ob das Recht eines andern Berechtigten am Grundstücke (z. B. Erbbauberechtigten, Nießbrauchers, Dienstbarkeitsberechtigten; vgl. VO v. 15. 1. 19, §§ 1027, 1065, 1090 Abs 2) sich räumlich auf eine Grenzfläche erstreckt, so sind, wenn Grenzverwirrung vorliegt, in einem Prozesse unter den Beteiligten über den Umfang des Rechtes die Grundsätze des § 920 entsprechend zur Anwendung zu bringen (vgl. M 3, 273). Um eine eigentliche Grenzermittlungsklage aber handelt es sich dabei nicht, vielmehr bildet die richterliche Grenzermittlung nur ein Element des Urteils (str.), und dieses Urteil hat keine Wirkung gegenüber dem betreffenden Eigentümer (§ 325 ZPO). Anderseits wirkt das Urteil im Grenzermittlungsprozesse nicht gegenüber den anderen nicht zugezogenen Realberechtigten. Denn es schafft nicht (konstitutiv) eine allgemeinhin anzuerkennende neue Grenze, sondern stellt nur (deklaratorisch) fest, welche Grenze im Verhältnisse zwischen den beteiligten Eigentümern als die richtige zu gelten habe (str.; vgl. RG JW 06, 302[7]). — Das ergehende Urteil steht gleich einem Feststellungsurteil. Deshalb findet eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil nicht statt (SeuffA 47 Nr 302). Jedoch kann nach Maßgabe des Urteils Abmarkung (§ 919) verlangt werden. Ferner kann auf Grund des Urteils die etwa erforderliche Berichtigung des Grundbuchs (wenn z. B. der grundbuchmäßige Bestand der Grundstücke von der ermittelten Grenze abweicht) gemäß § 22 GBO erfolgen, ohne daß es einer Auflassung bedarf (OLG 20, 405). — Der Anspruch aus § 920 ist unverjährbar (§ 924). — Wenn die Nachbarn in Ungewißheit über den Grenzzug diesen durch Vertrag festsetzen, handelt es sich nicht um die Übernahme der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung; vielmehr wird nur die Ungewißheit gelöst, indem die Vertragsteile es so angesehen wissen wollen, als sei nunmehr die (bisher subjektiv ungewisse) Grenze (objektiv) richtig ermittelt, wie durch ein Urteil im Grenzermittlungsprozesse. Daher bedarf ein solcher Vertrag nicht der Form des § 313, es sei denn, daß die Vertragsteile sich gegenseitig zur Übertragung von Grundstücksteilen (ausdrücklich) verpflichten (RG JW 06, 302[7]).

2. **Grenzverwirrung** liegt vor, wenn keine Grenzzeichen vorhanden sind und auch sonst der Grenzzug sich nicht ermitteln läßt. Der Kläger muß dies, wenn er auf Grenzermittlung klagt, zur Begründung der Klage behaupten.

3. Das Gesetz erklärt **für die Abgrenzung den Besitzstand als maßgebend** und stellt damit in erster Linie die Vermutung auf, daß, wenn die richtige Grenze nicht zu ermitteln ist, das Eigentum so weit reicht, wie der Besitzstand. Hierauf kann sich der Kläger berufen. Er muß den von ihm behaupteten Umstand des Besitzstandes beweisen. Gelingt dieser Beweis, so ist nach Maßgabe des Besitzstandes die Grenze im Urteile festzusetzen, es sei denn, daß der Beklagte etwa den Gegenbeweis führt, daß die richtige Grenze in Wirklichkeit anders verläuft. Erweist sich der gegenwärtige Besitz des Klägers als ein fehlerhafter (§ 858), so ist die Vermutung zu seinen Gunsten widerlegt und ist vielmehr der frühere Besitzstand des aus seinem Besitzstande unrechtmäßig verdrängten Gegners maßgebend (M 3, 271). Anderseits kann der Kläger, wenn er aus dem Besitz unrechtmäßig (durch verbotene Eigenmacht) verdrängt ist, sich auf seinen früheren Besitz berufen, und zwar ohne zuvor die Besitzstörungsklage (§ 861) anstellen zu müssen (M 3, 272).

4. **Soweit der Besitzstand nicht festgestellt** werden kann, wird gemäß der vom Gesetze aufgestellten zweiten Vermutung für den Eigentumsumfang die bis zu der erwiesenen Besitzgrenze als streitig übrigbleibende Fläche ohne Rücksicht auf die Größe der beiden Grundstücke **in zwei gleiche Teile geteilt.**

5. Der Grundsatz, daß die Grenzfeststellung nach Maßgabe der in A 3, 4 dargelegten Vermutungen zu erfolgen hat, erfährt durch den **Grundsatz der Billigkeit** in Abs 2 eine Einschränkung dahin, daß das Ergebnis nicht der Billigkeit widersprechen darf. Danach ist, wenn nach den obwaltenden Umständen das Ergebnis ein unbilliges ist, die Grenze so festzusetzen, wie es der Billigkeit entspricht. Steht z. B., wiewohl die richtige Grenze nicht erwiesen ist, doch so viel fest, daß von zwei Grundstücken das eine 100, das andere 200 qm groß ist, so muß die Bestimmung der Grenze so erfolgen, daß jeder Nachbar ein Grundstück von dem ihm unzweifelhaft zustehenden Flächeninhalt erhält (Prot 3, 126).

§ 921

Werden zwei Grundstücke[1]) durch einen Zwischenraum[2]), Rain, Winkel, einen Graben, eine Mauer, Hecke, Planke oder eine andere Einrichtung, die zum Vorteile beider Grundstücke dient, voneinander geschieden[3]), so wird vermutet[4]), daß die Eigentümer der Grundstücke[5]) zur Benutzung der Einrichtung gemeinschaftlich berechtigt seien[6]), sofern nicht äußere Merkmale darauf hinweisen[7]), daß die Einrichtung einem der Nachbarn allein gehört[8]).

E I 854 Abs 1 II 884; M 3 274—277; P 3 129—131.

wirkender Verzicht aber eine solche Belastung enthielte (M 3, 270; Prot 3, 126). Zwischen den Beteiligten (schuldrechtlich) ist jedoch der Verzicht wirksam (Prot 3, 126).

6. **Feste Grenzzeichen** sind solche, die in der Zukunft dauernd geeignet bleiben, die durch die Nachbarn erfolgte Anerkennung des Grenzzuges zu beweisen (M 3, 269), sowie die Grenze äußerlich sichtbar zu machen. — Vgl. über den Begriff der Grenzzeichen im Sinne des § 274 Nr 2 StGB RGSt 6, 49; 10, 47; 23, 257; 41, 94; OLG 15, 353.

7. **Die Art der Abmarkung und das Verfahren,** aber auch nur sie bestimmen sich nach den Landesgesetzen, nicht z. B. das Verfahren des Abmarkungsprozesses (s. A 5). — Ist der Nachbar zur Mitwirkung bei der Abmarkung verurteilt (s. A 5), so kann seine Mitwirkung gemäß § 888 ZPO erzwungen werden. — Die Rechte Dritter (ausgenommen die in A 2, 4 bezeichneten) an dem einen oder dem andern Grundstücke (z. B. eines Nießbrauchers), die nicht hinzugezogen worden sind, werden weder durch ein Urteil auf Mitwirkung gegen den Nachbar, noch durch die Abmarkung selbst berührt (M 3, 270; OLG 15, 351).

8. **Über landesgesetzliche** Vorschriften vgl. in dieser Hinsicht für Preußen: AG.BGB Art 89 Nr 1; ALR I 17 §§ 362—371 (vgl. A 5); für Bayern: Abmarkungsges. v. 30. 6. 00.

9. Die **Kosten der Abmarkung,** nicht auch die Kosten des etwa entstehenden Abmarkungsprozesses (wofür die §§ 91 ff. ZPO gelten), sind regelmäßig **von den beiden Grenznachbarn je zur Hälfte zu tragen,** da sich die Abmarkung als ein gemeinschaftliches Geschäft darstellt. Umfaßt das Abmarkungsverfahren mehr als zwei Grundstücke, so trägt jeder Beteiligte nur die Hälfte der auf seine Grenze entfallenden Kosten (Prot 3, 126). Ist ein Grenzzeichen durch Schuld eines Beteiligten beseitigt, verrückt oder unkenntlich geworden, so kann sich daraus (nach § 823 Abs 2 BGB; § 274 Nr 2 StGB) die Verpflichtung ergeben, die Kosten ganz zu tragen (vgl. M 3, 269). — Hat ein Beteiligter mehr als die auf ihn fallenden Kosten bezahlt, so hat er einen Erstattungsanspruch.

§ 920

[1]) Läßt sich im Falle einer Grenzverwirrung[2]) die richtige Grenze nicht ermitteln, so ist für die Abgrenzung der Besitzstand maßgebend[3]). Kann der Besitzstand nicht festgestellt werden, so ist jedem der Grundstücke ein gleich großes Stück der streitigen Fläche zuzuteilen[4]).

Soweit eine diesen Vorschriften entsprechende Bestimmung der Grenze zu einem Ergebnisse führt, das mit den ermittelten Umständen, insbesondere mit der feststehenden Größe der Grundstücke, nicht übereinstimmt, ist die Grenze so zu ziehen, wie es unter Berücksichtigung dieser Umstände der Billigkeit entspricht[5]).

E I 852 II 833; M 3 270 ff.; P 3 126 f.

1. Der **Grenzscheidungsanspruch** aus § 920 setzt im Gegensatze zum Abmarkungsanspruche aus § 919 voraus, daß Streit über den Lauf der Grenze zwischen Nachbargrundstücken besteht (M 3, 270). Jeder der beiden Nachbarn kann gegen den andern im dinglichen Gerichtsstande (§ 24 ZPO) auf Ermittlung der Grenze klagen. Diese Klage ergänzt hinsichtlich der Grenzflächen von Grundstücken den durch die §§ 985, 1004 gewährten Eigentumsschutz (M 3, 270). Will der Eigentümer eine streitige Fläche auf der Grenze bis zu einer bestimmten Linie für sich in Anspruch nehmen und glaubt er sein Eigentum nachweisen zu können, so hat er die Eigentumsklage auf Herausgabe der Fläche (§ 985) oder die Eigentumsfreiheitsklage (§ 1004) zu erheben oder auch (z. B. wenn er selbst im Besitze des Streitstücks ist) auf Feststellung seines Eigentums zu klagen, wobei er eine bestimmte Behauptung aufstellen und einen entsprechenden Antrag stellen muß (M 3, 271). Ist der Lauf der Grenze aber so verdunkelt, daß von keinem Streitteile die richtige Grenze nachgewiesen werden kann, so ist die Klage aus § 920 gegeben. Hierbei braucht der Klagantrag nicht auf Feststellung einer bestimmten Grenze gerichtet zu sein. Vielmehr genügt ein Antrag dahin, den Lauf der Grenze richterlich festzusetzen. Ein solcher Antrag ist mit Rücksicht auf den Klagegrund der Grenzverdunklung ein bestimmter Antrag im Sinne des § 253 Nr 2 ZPO (str.). Ist aber in dem Antrag eine bestimmte Grenze angegeben, so darf der Richter gemäß § 308 ZPO nicht darüber hinaus erkennen und ist der Kläger, wenn er nach der Feststellung des Richters zuviel verlangt hat, insoweit mit der Klage abzuweisen (str.). Die Klage führt aber nicht zu einem judicium duplex in dem Sinne, daß der Kläger verurteilt werden könnte (str.). — Mit der Klage kann auch ein Eigentumsanspruch auf Herausgabe und Ersatz von Früchten (§§ 985 ff.), sowie ein Abmarkungsanspruch (§ 919) verbunden werden (s. § 919 A 5)). — Zur Grenzermittlungsklage aktiv und passiv legitimiert sind nur die Eigentümer der Nachbargrundstücke, da ein Anspruch aus dem Eigentum, gerichtet auf Feststellung des Umfangs des Eigentums, geltend gemacht wird (str.; vgl. RG 56, 60). Im Falle des Miteigentums kann nach § 1011 auch ein einzelner

Miteigentümer klagen, während als Beklagte sämtliche Miteigentümer belangt werden müssen. — Besteht Streit darüber, ob das Recht eines andern Berechtigten am Grundstücke (z. B. Erbbauberechtigten, Nießbrauchers, Dienstbarkeitsberechtigten; vgl. VO v. 15. 1. 19, §§ 1027, 1065, 1090 Abs 2) sich räumlich auf eine Grenzfläche erstreckt, so sind, wenn Grenzverwirrung vorliegt, in einem Prozesse unter den Beteiligten über den Umfang des Rechtes die Grundsätze des § 920 entsprechend zur Anwendung zu bringen (vgl. M 3, 273). Um eine eigentliche Grenzermittlungsklage aber handelt es sich dabei nicht, vielmehr bildet die richterliche Grenzermittlung nur ein Element des Urteils (str.), und dieses Urteil hat keine Wirkung gegenüber dem betreffenden Eigentümer (§ 325 ZPO). Anderseits wirkt das Urteil im Grenzermittlungsprozesse nicht gegenüber den anderen nicht zugezogenen Realberechtigten. Denn es schafft nicht (konstitutiv) eine allgemeinhin anzuerkennende neue Grenze, sondern stellt nur (deklaratorisch) fest, welche Grenze im Verhältnisse zwischen den beteiligten Eigentümern als die richtige zu gelten habe (str.; vgl. **RG** JW 06, 302[7]). — Das ergehende Urteil steht gleich einem Feststellungsurteil. Deshalb findet eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil nicht statt (SeuffA 47 Nr 302). Jedoch kann nach Maßgabe des Urteils Abmarkung (§ 919) verlangt werden. Ferner kann auf Grund des Urteils die etwa erforderliche Berichtigung des Grundbuchs (wenn z. B. der grundbuchmäßige Bestand der Grundstücke von der ermittelten Grenze abweicht) gemäß § 22 GBO erfolgen, ohne daß es einer Auflassung bedarf (OLG 20, 405). — Der Anspruch aus § 920 ist unverjährbar (§ 924). — Wenn die Nachbarn in Ungewißheit über den Grenzzug diesen durch Vertrag festsetzen, handelt es sich nicht um die Übernahme der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung; vielmehr wird nur die Ungewißheit gelöst, indem die Vertragsteile es so angesehen wissen wollen, als sei nunmehr die (bisher subjektiv ungewisse) Grenze (objektiv) richtig ermittelt, wie durch ein Urteil im Grenzermittlungsprozesse. Daher bedarf ein solcher Vertrag nicht der Form des § 313, es sei denn, daß die Vertragsteile sich gegenseitig zur Übertragung von Grundstücksteilen (ausdrücklich) verpflichten (**RG** JW 06, 302[7]).

2. **Grenzverwirrung** liegt vor, wenn keine Grenzzeichen vorhanden sind und auch sonst der Grenzzug sich nicht ermitteln läßt. Der Kläger muß dies, wenn er auf Grenzermittlung klagt, zur Begründung der Klage behaupten.

3. Das Gesetz erklärt **für die Abgrenzung den Besitzstand als maßgebend** und stellt damit in erster Linie die Vermutung auf, daß, wenn die richtige Grenze nicht zu ermitteln ist, das Eigentum so weit reicht, wie der Besitzstand. Hierauf kann sich der Kläger berufen. Er muß den von ihm behaupteten Umstand des Besitzstandes beweisen. Gelingt dieser Beweis, so ist nach Maßgabe des Besitzstandes die Grenze im Urteile festzusetzen, es sei denn, daß der Beklagte etwa den Gegenbeweis führt, daß die richtige Grenze in Wirklichkeit anders verläuft. Erweist sich der gegenwärtige Besitz des Klägers als ein fehlerhafter (§ 858), so ist die Vermutung zu seinen Gunsten widerlegt und ist vielmehr der frühere Besitzstand des aus seinem Besitzstande unrechtmäßig verdrängten Gegners maßgebend (M 3, 271). Anderseits kann der Kläger, wenn er aus dem Besitz unrechtmäßig (durch verbotene Eigenmacht) verdrängt ist, sich auf seinen früheren Besitz berufen, und zwar ohne zuvor die Besitzstörungsklage (§ 861) anstellen zu müssen (M 3, 272).

4. **Soweit der Besitzstand nicht festgestellt** werden kann, wird gemäß der vom Gesetze aufgestellten zweiten Vermutung für den Eigentumsumfang die bis zu der erwiesenen Besitzgrenze als streitig übrigbleibende Fläche ohne Rücksicht auf die Größe der beiden Grundstücke **in zwei gleiche Teile geteilt.**

5. Der Grundsatz, daß die Grenzfeststellung nach Maßgabe der in A 3, 4 dargelegten Vermutungen zu erfolgen hat, erfährt durch den **Grundsatz der Billigkeit** in Abs 2 eine Einschränkung dahin, daß das Ergebnis nicht der Billigkeit widersprechen darf. Danach ist, wenn nach den obwaltenden Umständen das Ergebnis ein unbilliges ist, die Grenze so festzusetzen, wie es der Billigkeit entspricht. Steht z. B., wiewohl die richtige Grenze nicht erwiesen ist, doch so viel fest, daß von zwei Grundstücken das eine 100, das andere 200 qm groß ist, so muß die Bestimmung der Grenze so erfolgen, daß jeder Nachbar ein Grundstück von dem ihm unzweifelhaft zustehenden Flächeninhalt erhält (Prot 3, 126).

§ 921

Werden zwei Grundstücke[1]) durch einen Zwischenraum[2]), Rain, Winkel, einen Graben, eine Mauer, Hecke, Planke oder eine andere Einrichtung, die zum Vorteile beider Grundstücke dient, voneinander geschieden[3]), so wird vermutet[4]), daß die Eigentümer der Grundstücke[5]) zur Benutzung der Einrichtung gemeinschaftlich berechtigt seien[6]), sofern nicht äußere Merkmale darauf hinweisen[7]), daß die Einrichtung einem der Nachbarn allein gehört[8]).

E I 854 Abs 1 II 884; M 3 274—277; P 3 129—131.

Folge haben darf. Daher darf z. B. nur insoweit, als dies nicht der Fall ist: in einen Grenzgraben Wasser durch künstliche Leitungen geleitet (RG Gruch 47, 1066), in einer Mauer eine Nische angelegt (OLG 4, 294), in eine Mauer Treppenstufen eingefügt (RG Warn 1911 Nr 243), ein Aufbau auf einer Brandmauer über den dem Bauenden gehörigen Teil hinaus errichtet werden (RG Gruch 52, 1061, auch RG 53, 312). — Ein Übergriff, insbesondere eine Beseitigung oder Änderung der Einrichtung, die der eine Teil ohne Zustimmung des andern an ihrem Fortbestande interessierten Teils vornimmt, oder eine Benutzung der Einrichtung zu einem Zwecke, der sich nicht aus ihrer Beschaffenheit ergibt, oder durch die die Mitbenutzung des andern Teils beeinträchtigt wird, gewährt diesem andern Teil, sei es zufolge des ihm an dem zu seinem Grundstück gehörigen Stück der Einrichtung zustehenden Eigentums oder zufolge des ihm an dem übrigen Stück der Einrichtung zustehenden grunddienstbarkeitsartigen Rechtes (vgl. § 921 A 6), nach §§ 1004, 1027 einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung und, wenn eine weitere Beeinträchtigung zu besorgen ist, einen Anspruch auf Unterlassung (M 3, 277; RG Warn 1916 Nr 169) oder auch einen Anspruch auf Vornahme von Vorkehrungen, welche die Beeinträchtigung beseitigen (RG Warn 1911 Nr 243). — Jedoch ist das Benutzungsrecht nicht wegen des Mitbenutzungsrechts des andern Nachbars stets etwa nur auf die Hälfte der Einrichtung oder auf die eine Seite beschränkt; vielmehr umfaßt es, da § 922 es nur nach der Richtung beschränkt, daß durch die Benutzung nicht die Mitbenutzung des Nachbars beeinträchtigt werden darf, an sich die ganze Einrichtung (z. B. eine Grenzmauer in ihrer ganzen Dicke, RG 53, 312; Warn 1911 Nr 243). Daher darf z. B. der eine Berechtigte in eine Giebelmauer, an der ein gemeinschaftliches Benutzungsrecht besteht, auch über die Mittellinie hinaus Treppenstufen einfügen, es sei denn, daß dadurch die Mitbenutzung des Nachbars beeinträchtigt wird (RG Warn 1911 Nr 243). Ferner beziehen sich die aus § 922 sich ergebenden Beschränkungen des Benutzungsrechts nur auf die Grenzeinrichtung selbst, nicht erstrecken sie sich auch auf das anstoßende Grundeigentum der Nachbarn (RG Warn 1916 Nr 169). Daher gewährt eine von dem einen Nachbar auf seinem Grundstück zwar an der Grenze getroffene, jedoch auf die Benutzung der Grenzeinrichtung nicht einwirkende Maßnahme (z. B. eine Mauererhöhung an einem Zwischenraum) dem andern Nachbar keinen Abwehranspruch, sofern nicht ein solcher nach anderen gesetzlichen Vorschriften, wie landesrechtlichen Eigentumsbeschränkungen, oder auf Grund besondern Rechtstitels gegeben ist (RG Warn 1916 Nr 169).

4. Die **Unterhaltungskosten** sind ohne Rücksicht auf die Benutzungsweise stets (nicht, wie nach §§ 742, 748, nur im Zweifel) **zu gleichen Teilen** zu tragen. Ferner nach Satz 4 und § 748 auch die Lasten sowie die Kosten der Verwaltung und gemeinschaftlichen Benutzung. Jedoch können im Falle schuldhafter Beschädigung die Ausbesserungskosten gemäß § 823 einem Teil allein zur Last fallen.

5. Das **Interesse** auch nur eines Nachbars **an dem Fortbestande**, das, abgesehen von seiner Zustimmung, die Beseitigung oder Änderung der Einrichtung hindert, braucht ein vermögensrechtliches nicht zu sein. — Stimmt der andere trotz mangelnden Interesses nicht zu, so kann gegen ihn auf Einwilligung in die Beseitigung oder Änderung geklagt werden. Anderseits hat der noch interessierte Nachbar auf Grund seines Eigentums (§ 1004) einen Anspruch auf Wiederherstellung des Beseitigten oder Geänderten (M 3, 277). — Im Falle einer Gemeinmauer besteht darauf kein Rchet, daß der Nachbar es unterläßt, durch Abbruch seines Hauses die Mauer den Einflüssen der Witterung auszusetzen (OLG 26, 32).

6. Von den hiernach auf das gemeinschaftliche Benutzungsrecht, soweit nicht die Sätze 1, 2, 3 Abweichendes bestimmen, zur Anwendung zu bringenden, für die **Gemeinschaft** geltenden §§ 742 ff. kommen besonders in Betracht: § 743 Abs 1 (Recht auf die Früchte, z. B. auf die Grasnutzung eines Grenzrains), §§ 744, 745, 746 (Regelung der Verwaltung und Benutzung; insbesondere durch Vertrag, der zwar für und gegen die Sondernachfolger, aber im übrigen doch nur schuldrechtlich wirkt, es sei denn, daß gemäß § 1010 Abs 1 Eintragung erfolgt). § 747 Satz 1 (Befugnis jedes Teilhabers zur Verfügung über seinen Anteil) findet, da das Benutzungsrecht mit dem Eigentum derart verbunden, daß eine Sonderveräußerung ausgeschlossen ist, keine Anwendung (s. § 921 A 6). Auch nicht die §§ 749 ff. (Aufhebung der Gemeinschaft) mit Rücksicht auf Satz 3 (s. A 5). Wegen des § 748 vgl. A 4.

§ 923

Steht auf der Grenze[1]) ein Baum[2]), so gebühren die Früchte und, wenn der Baum gefällt wird, auch der Baum den Nachbarn zu gleichen Teilen[3]).

Jeder der Nachbarn kann die Beseitigung des Baumes verlangen[4]). Die Kosten der Beseitigung fallen den Nachbarn zu gleichen Teilen zur Last. Der Nachbar, der die Beseitigung verlangt, hat jedoch die Kosten allein zu tragen, wenn der andere auf sein Recht an dem Baume verzichtet; er erwirbt

in diesem Falle mit der Trennung das Alleineigentum[5]). Der Anspruch auf die Beseitigung ist ausgeschlossen, wenn der Baum als Grenzzeichen dient und den Umständen nach nicht durch ein anderes zweckmäßiges Grenzzeichen ersetzt werden kann[6]).

Diese Vorschriften gelten auch für einen auf der Grenze stehenden Strauch[7])[8]).

E I 855 II 836; M 3 277 ff.; P 3 132 f.

1. Die **Grenze** zwischen zwei Grundstücken ist eine mathematische Linie. Durchschneidet sie Gebäude oder andere Bestandteile (§§ 93ff., 946) der Grundstücke, so gehört jedem Nachbar das Stück, das auf seinem Grund und Boden steht, zum Alleineigentum; nicht etwa besteht Miteigentum (M 3, 274; RG 53, 311; 70, 201). Wird aber ein solcher Bestandteil beider Grundstücke (z. B. ein Stein, der zu beiden Seiten der Grenze liegt, oder die Teile eines Gebäudes auf der Grenze) von den Grundstücken getrennt, so werden die Grundstückseigentümer Miteigentümer dieses Gegenstandes; der einem jeden zukommende Bruchteil entspricht der früheren räumlichen Erstreckung des Bestandteils über die Grenze (s. das Nähere in § 921 A 1). — Von diesen Grundsätzen des BGB gibt § 923 Ausnahmen für den Grenzbaum und den Grenzstrauch. Grund der Ausnahmebestimmungen ist die organische Natur des Baumes, die es mit sich bringt, daß die Zerstörung auf der einen Seite den Verderb des Baumes auf der andern Seite herbeiführt (M 3, 278).

2. Ein Baum ist nur dann ein **Grenzbaum,** wenn er da, wo er aus der Erde tritt, von der Grenze durchschnitten wird. Ein Baum, dessen Wurzeln zwar auf ein Nachbargrundstück hinüberreichen, dessen Stamm aber auf dem einen Grundstück allein steht, ist kein Grenzbaum; er gehört als wesentlicher Bestandteil (§§ 94, 946) allein dem Eigentümer des Grund und Bodens (vgl. § 910: Abschneiden der Wurzeln seitens des Nachbars).

3. Solange der Grenzbaum steht, gehört jedem Nachbar das Stück bis zum Grenzliniendurchschnitt. Nach der Fällung entsteht Miteigentum an dem durch die Trennung zur beweglichen Sache gewordenen Baum (M 3, 278). Insoweit besteht keine Ausnahme von den in § 921 A 1 und A 1 hier dargelegten Grundsätzen. Dagegen gehören die **Früchte** und der **Baum selbst,** wenn er gefällt oder sonst (z. B. durch Sturm) vom Boden getrennt wird, **den Nachbarn zu gleichen Teilen** ohne Rücksicht auf die räumliche Erstreckung des Baumes über die Grenze. Die Teilung erfolgt gemäß §§ 752ff. — Der anteilsberechtigte Nachbar braucht nicht notwendig Eigentümer zu sein. Auch der Nutzungsberechtigte (z. B. der Nießbraucher) hat (und zwar unter Ausschluß des Eigentümers) Anteilsrecht auf die Früchte und, da der Baum eine Frucht des Grundstücks ist, gemäß § 954 auch auf die getrennten Stücke des Baumes (M 3, 279). — Zu den Früchten (§ 99) gehört auch das dürre Holz des Baumes.

4. Der nach § 924 unverjährbare **Anspruch auf Beseitigung** kann (ausgenommen im Falle Abs 2 Satz 4) jederzeit ohne eine weitere Voraussetzung geltend gemacht werden, weil die unter den Nachbarn bestehende Gemeinschaft nicht von einem dauernden Zweck getragen wird (M 3, 278). Jedoch kann das Fällen des Baumes nicht eigenmächtig erfolgen, also nicht ohne Zustimmung des andern Nachbars, zu deren Erteilung dieser aber verpflichtet ist. Nötigenfalls muß seine Verurteilung herbeigeführt werden.

5. Der **Verzicht** auf die Rechte an dem Baum, der zur Folge hat, daß die **Kosten der Beseitigung** nicht von den beiden Nachbarn zu gleichen Teilen, sondern von dem die Trennung verlangenden Nachbar allein zu tragen sind, ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Er kann, wenn der ihn Erklärende nicht schon in anderer Weise gebunden ist, auch nach der Trennung des Baumes abgegeben werden. In diesem Falle ist von dem Zeitpunkte der Trennung bis zur Abgabe des Verzichts das Alleineigentum in der Schwebe. Mit der Erklärung des Verzichts steht es fest, daß der Baum bereits seit der Trennung im Alleineigentum des Nachbars stand.

6. Wer auf Beseitigung des Baumes klagt, muß beweisen, daß der Baum auf der Grenze steht. Dem Gegner liegt der Beweis ob, daß der Baum **als Grenzzeichen dient.** Damit hat er gemäß § 919 Abs 1 sein Recht dargetan, die Beseitigung zu verbieten. Dies kann der die Beseitigung Verlangende durch den Beweis entkräften, daß der Baum durch ein anderes zweckmäßigeres Grenzzeichen ersetzt werden kann. Ein Ersatz wird z. B. nicht möglich sein können in gewissen der Überschwemmung besonders ausgesetzten Gebieten (Prot 3, 133).

7. Dem Baume stehen nicht bloß **Sträucher,** sondern in entsprechender Anwendung auch kleinere Pflanzen gleich.

8. Unberührt bleiben nach Art 122 EG die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Rechte des Eigentümers eines Grundstücks in Ansehung der auf der Grenze stehenden Obstbäume (nicht der Obststräucher) abweichend von den Vorschriften des § 923 Abs 2 regeln. Art 183 EG enthält eine Übergangsvorschrift bezüglich der landesgesetzlichen Vorschriften zugunsten der Bäume und Sträucher auf Waldgrundstücken.

§ 924

Die Ansprüche, die sich aus den §§ 907 bis 909, 915, dem § 917 Abs 1, dem § 918 Abs 2, den §§ 919, 920 und dem § 923 Abs 2 ergeben, unterliegen nicht der Verjährung[1].

E I 853 II 837; M 3 273 f.; P 3 127 ff., 156 f.; 6 231 f

1. **Unverjährbarkeit.** In den Fällen der §§ 919, 920 handelt es sich um Ansprüche aus absoluten Rechten, die auf die Herstellung eines Zustandes gerichtet sind, der nicht bloß durch das Interesse des Anspruchsberechtigten, sondern auch durch ein öffentliches Interesse verlangt wird (M 3, 273; Prot 3, 128). In allen übrigen Fällen ist der Grund für die Unverjährbarkeit die fortwährende Neuentstehung des Anspruchs. § 916 ist nicht angezogen, weil es sich dort nicht um einen Anspruch, sondern um ein Recht handelt (Prot 6, 231). Vgl. im übrigen die Anmerkungen zu den angezogenen Paragraphen.

Zweiter Titel

Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken[1])

§ 925

Die zur Übertragung[2]) des Eigentums[3]) an einem Grundstücke[4]) nach § 873 erforderliche[5]) Einigung[6]) des Veräußerers[7]) und des Erwerbers[8]) (Auflassung)[9]) muß bei gleichzeitiger Anwesenheit[10]) beider Teile[11]) vor dem Grundbuchamt[12]) erklärt werden[13]).

Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam[14]).

E I 868, 871 f. II 838; M 3 312 ff., 318 ff.; P 3 168 ff., 181 f.; 5 436 f., 444.

1. In diesem Titel werden nur drei **Arten des Erwerbs und des Verlustes des Eigentums an Grundstücken** behandelt: rechtsgeschäftliche Übertragung (§ 925 nebst § 926, Zubehör), Aneignung nach Aufgebot (§ 927), Aneignung herrenloser Grundstücke (§ 928). In diesen Fällen ist **Erfordernis** des Eigentumserwerbs die **Eintragung** der Rechtsänderung in das Grundbuch (§ 873). Dazu tritt der Eigentumserwerb durch Ersitzung seitens des als Eigentümer eingetragenen Nichteigentümers (§ 900). — Von gesetzlichen Erwerbsarten, die hinsichtlich des Grundeigentums in Betracht kommen, enthält das BGB nur zwei Fälle: Erwerb durch eheliche Gütergemeinschaft (§§ 1438 Abs 2, 1485 Abs 3, 1519 Abs 2) und Erwerb durch Erbfolge (§ 1922). In diesen Fällen vollzieht sich der Erwerb des Eigentums an den betroffenen Grundstücken **ohne Eintragung** außerhalb des Grundbuchs. Hinzu treten hier die dem Erbanfalle gleichstehenden Fälle des Erwerbs von Vermögen aufgelöster Vereine und Stiftungen seitens des Fiskus (§§ 45 ff., 88). Außerhalb des BGB gibt es sonst noch Fälle, in denen nach Reichsrecht oder nach Landesrecht Eigentumserwerb ohne Eintragung erfolgt, oder sonst besondere Vorschriften über den Eigentumserwerb an Grundstücken gelten. Daneben ist in einzelnen Fällen die entsprechende Anwendung des Liegenschaftsrechts des BGB landesgesetzlich vorgeschrieben. Von Reichsgesetzen gehören hierher: § 304 HGB (Verstaatlichung einer Aktiengesellschaft unter Ausschluß der Liquidation; entsprechend anzuwenden auf die Verschmelzung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit nach VersAG v. 12. 5. 01) mit einer öffentlichrechtlichen Versicherungsanstalt unter Ausschluß der Liquidation, KGJ 47, 121); § 306 HGB (Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften unter Ausschluß der Liquidation des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft, vgl. KGJ 46, 190, f. A 4; nicht auch im Falle der Verschmelzung mit Liquidation gemäß § 303 HGB, vgl. KGJ 46, 194); die §§ 90, 130 ZVG (Erwerb des zwangsversteigerten Grundstücks seitens des Erstehers durch den Zuschlag); die Gesetze v. 21. 12. 71 § 41 (RayG), v. 25. 5. 73 §§ 1, 2 (zum dienstlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung bestimmte Gegenstände; vgl. **RG** Gruch 40, 1125), v. 13. 6. 73 § 14 (Kriegsleistungen). — Bezüglich **landesgesetzlicher** Vorschriften über besondere Erwerbsarten oder die Anwendung des Liegenschaftsrechts des BGB kommen folgende für die Landesgesetzgebung im EG gegebenen Vorbehalte in Betracht: Artt 58 (Güter des hohen Adels); 59 (Lehen, Fideikommisse, Stammgüter); 62 (Rentengüter); 64 (Anerbengüter; vgl. wegen Übertragung der Anerbengüter OLG 36, 229); 65 (Wasserrecht einschließlich Anlandungen, entstehende Inseln, verlassene Flußbetten, vgl. hierüber § 903 A 2); 67 (Bergwerkseigentum, vgl. hinsichtlich Enteignung von Grundeigentum nach §§ 142, 144 PrAllgBergG v. 24. 6. 1865: **RG** 56, 192; 62, 219; KGJ 46, 218); 109 (Enteignung); 112 (Bahneinheiten); 113 (Gemeinheitsteilungen und Zusammenlegung, vgl. hinsichtlich des

Eigentumserwerbs und der Eintragung des Eigentums an den in einem preußischen Auseinandersetzungsverfahren gebildeten sog. Interessentengrundstücken OLG 29, 312; KGJ 48, 199); 126 (Übergang auf Kommunalverbände oder den Staat); 127 (buchungsfreie Grundstücke; vgl. § 90 GBO, Grundstücke des Fiskus, der Gemeinden und anderen Kommunalverbände, der Kirchen und Schulen, öffentliche Wege und Gewässer, Grundstücke öffentlicher Bahnunternehmungen, s. unten). — Nach Art 189 EG erfolgen der Erwerb und der Verlust des Eigentums an Grundstücken **nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist.** Solange also diese Voraussetzung nicht gegeben ist, finden die Vorschriften des 2. Titels keine Anwendung. Vgl. über die Erfordernisse des rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs an Grundstücken vor Anlegung des Grundbuchs nach bayrischem Recht **RG** Warn 1916 Nr 20. Gemäß Art 186 Abs 1 EG und § 91 GBO wird das Verfahren, in dem die Anlegung der Grundbücher erfolgt, sowie der Zeitpunkt, in dem das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzusehen ist, für jeden Bundesstaat durch landesherrliche Verordnung bestimmt. Ist aber das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzusehen, so gelten gemäß Art 186 Abs 2 EG die Vorschriften des BGB, insbesondere die §§ 873, 925 auch für solche zum Bezirke gehörende Grundstücke, die (z. B. weil sie aus Versehen nicht katastriert oder irrtümlich zu einem andern Bezirke gerechnet, oder wegen Bedenken gegen ihre Eintragung absichtlich ausgelassen sind) noch kein Grundbuchblatt erhalten haben (also Anlegung eines Grundbuchblattes für den Veräußerer und Auflassung nebst Eintragung zur Eigentumsübertragung erforderlich; KGJ 29 A 121), soweit nicht bestimmte Grundstücke durch besondere Anordnung ausgenommen sind, wie nach landesgesetzlichen Vorschriften auf Grund des Art 127 EG die vom Buchungszwange nach § 90 GBO (s. oben) befreiten Grundstücke. Jedoch auch bei diesen buchungsfreien Grundstücken bedarf es zur rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung, wenn die Voraussetzungen der Befreiung vom Buchungszwange aufhören, wenn z. B. eine Stadtgemeinde ein ihr gehöriges ungebuchtes Grundstück an einen nicht gleichfalls vom Buchungszwange befreiten Erwerber veräußert, der zuvorigen Anlegung eines Grundbuchblatts für das Grundstück und der demnächstigen Auflassung, da dann die Vorschriften des BGB über die Erfordernisse des Eigentumserwerbs, insbesondere auch die des § 873 über das Erfordernis der Eintragung des Eigentumsübergangs in das Grundbuch, Anwendung finden (KGJ 26 A 115; 49, 160; a. M. OLG 18, 195). Vgl. über Eintragung des Eigentums in Preußen: auf Grund einer Bescheinigung über 44jährigen Eigenbesitz vor Inkrafttreten des BGB KGJ 45, 210; auf Ersuchen der Generalkommission in Auseinandersetzungssachen KGJ. 45, 215. — Ein Eigentumserwerb durch **Ersitzung** findet (abgesehen von der sog. Tabularersitzung, § 900) mit Rücksicht auf die Grundbucheinrichtung an Grundstücken **nicht** statt. — Grundstücke, die einem **öffentlichen Zwecke dienen,** unterliegen insoweit den privatrechtlichen Vorschriften, als nicht die Bestimmung zu dem öffentlichen Zwecke ihrer Anwendung entgegensteht. Vgl. § 903 A 2. An Begräbnisplätzen in Preußen z. B. kann Privateigentum sowohl für Gemeinden, als auch für Privatpersonen bestehen; ihr Erwerb vollzieht sich daher nach den für Erwerb von Grundeigentum sonst geltenden Vorschriften, also gegebenenfalls gemäß §§ 873, 925 durch Auflassung und Eintragung (KGJ 21 A 297). Dagegen bedurfte es früher zum Erwerbe des Privateigentums an Teilen des (verlassenen) Bettes öffentlicher Flüsse nicht der Auflassung, da das im (nicht privatrechtlichen) Eigentum des Staates stehende Strombett nicht den privatrechtlichen Vorschriften über die Eigentumsübertragung an Grundstücken unterlag (**RG** 80, 123); über den jetzigen Rechtszustand nach PrWassG v. 7. 4. 13 vgl. § 903 A 2; s. dort auch über Eigentumserwerb an Anlandungen. — Die für den Grundstückserwerb gegebenen Vorschriften finden entsprechende Anwendung auf **die den Grundstücken gleichgestellten Rechte:** das Erbbaurecht, die in Art 63, 68 EG aufgeführten Rechte (Erbpachtrecht, Häusler-, Büdnerrecht, Recht auf Gewinnung eines Minerals) und die auf Grund des Vorbehalts in Art 196 EG landesgesetzlich geregelten selbständigen Gerechtigkeiten (z. B.: Kohlenabbaugerechtigkeit, Salzabbaugerechtigkeiten, Realprivilegien der Apotheker). — Über den Erwerb des Eigentums an Grundstücken in den Konsulargerichts- und den Schutzgebietsbezirken vgl. Art 2 der VO v. 25. 10. 00, §§ 5, 6, 10—25 der VO v. 21. 11. 02. Über Eigentumserwerb an Kronland (herrenlosem Land) in den Schutzgebieten gemäß § 5 der VO durch sog. Landkonzessionen vgl. **RG** 80, 19.

2. Gegenüber der für rechtsgeschäftliche Änderung der Rechte an Grundstücken allgemein geltenden Vorschrift des § 873 gibt § 925 eine Sonderbestimmung für die rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums an Grundstücken. Zur Anwendung des § 925 ist also zunächst erforderlich, daß der Übergang des Eigentums auf Grund Rechtsgeschäfts erfolgt. Es scheiden mithin aus die Fälle des Eigentumsübergangs auf anderer Grundlage, insbesondere kraft Gesetzes. Vgl. hierüber A 1 (eheliche Gütergemeinschaft, Erbfolge usw.). Auch in folgenden Fällen aber geht Eigentum nicht kraft Gesetzes über, sondern erfolgt der **Eigentumserwerb auf Grund Rechtsgeschäfts, so daß Auflassung erforderlich** ist: der Erwerb des Vermächtnisnehmers, da er nach § 2174 nur das Recht hat, die Leistung des vermachten Gegenstandes von dem Beschwerten zu fordern; der Erwerb des Erbschaftskäufers,

der durch den Kauf gemäß § 2374 nur einen Anspruch auf Übereignung der zum Nachlasse gehörigen Gegenstände erlangt (s. unten); wenn einem Miterben ein Grundstück im voraus vermacht oder durch Teilungsanordnung, die keine dingliche Wirkung hat (§§ 2048, 2049), zugewiesen ist (RG 52, 174; RJA 3, 102; KGJ 22 A 301; 28 A 196; OLG 9 S. 396, 398); wenn ein zum Nachlasse gehörendes Grundstück (oder ein Bruchteil davon) einem oder einigen Miterben von den andern überwiesen wird, da erst der Auseinandersetzungsvertrag einen Anspruch gegen die andern Miterben auf Übereignung gibt (RG 9, 272; 22, 224; 57, 432; 89, 57; KGJ 40 A 169; 45, 232; OLG 4, 435; 5, 355; 8, 104); wenn diejenigen, denen mehrere Miterben je einen Bruchteil ihres Anteils am gesamten Nachlaß übertragen haben (vgl. A 4), nicht bloß nachrichtlich im Grundbuch als nunmehrige Mitberechtigte am Nachlaß und somit auch an dem zum Nachlaß gehörigen Grundstück vermerkt sein, sondern gewöhnliches Miteigentum nach Bruchteilen an dem Nachlaßgrundstück erlangen wollen, da sie durch die erstere Übertragung noch nicht Bruchteilseigentümer an diesem einzelnen Nachlaßgegenstand geworden sind (KGJ 46, 181); wenn von einem Alleinerben oder demjenigen, der sämtliche Anteile der Miterben an der Erbschaft erworben hat, ein Dritter, der die Erbschaft gekauft hat, das Eigentum an einem Nachlaßgrundstück erlangen soll, da der Erbschaftsverkauf des Alleinerben nicht dingliche Wirkung hat (s. oben) und daher das Eigentum an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht überträgt (KGJ 46, 188); wenn bei Aufhebung einer allgemeinen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück einem Ehegatten zum Alleineigentum übertragen wird (vgl. RG 20, 259; KGJ 36 A 201; 38 A 206; OLG 35, 322), sei es auch, daß der Ehegatte ein gesetzliches Recht auf Überlassung des Grundstücks (§§ 1477, 1497, z. B. weil er das Grundstück in die Gütergemeinschaft eingebracht) hatte, da die Aufhebung, auch im letzteren Falle, nur die schuldrechtliche Grundlage schafft für den die Eigentumsänderung erst herbeiführenden dinglichen Vertrag; wenn ein zum Gesamtgute gehörendes Grundstück durch Ehevertrag zum Vorbehaltsgut bestimmt wird, da es für das Vorbehaltsgut an einer dem § 1438 Abs 2 entsprechenden Bestimmung fehlt (KGJ 35 B 25, vgl. OLG 7, 54); wenn ein Grundstück, das zu einem Vermögen gehört, welches einer Stiftung in letztwilliger Verfügung des Stifters zugesichert worden ist, nach staatlicher Genehmigung der Stiftung auf diese übergehen soll (§ 82, vgl. RJA 9, 135; KGJ 35 A 222); wenn nach Auflösung eines rechtsfähigen Vereins ein Grundstück des Vereins nicht an den Fiskus, sondern gemäß § 45 an ein Mitglied übergehen soll, da für dieses, wie besonders aus dem § 47, wonach der Verein noch bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend gilt, zu entnehmen ist, nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Herausgabe des Vereinsvermögensstücks besteht (KGJ 25 A 132); wenn ein Grundstück eines Kommunalverbandes auf einen andern Kommunalverband übertragen werden soll, ohne daß die Übertragung durch ein auf Grund des Art 126 EG erlassenes Landesgesetz angeordnet ist (KGJ 30 B 40).

Ferner ist zur Anwendung des § 925 die Übertragung von dem bisherigen Eigentümer auf ein anderes Rechtssubjekt erforderlich. Eine solche **Übertragung auf ein anderes Rechtssubjekt findet nicht statt, so daß Auflassung** zum Eigentumserwerbe **nicht erforderlich** ist, z. B. in folgenden Fällen: wenn ein Grundstück von einer fiskalischen Station auf eine andere übertragen werden soll, da die fiskalischen Stationen nicht verschiedene selbständige Rechtspersönlichkeiten sind, sondern insgesamt den Staat repräsentieren (vgl. RG 2, 392; 21, 57; 59, 404; KGJ 38 A 237); wenn in eine offene Handelsgesellschaft, der ein Grundstück gehört, ein Kommanditist eintritt, so daß die Gesellschaft zur Kommanditgesellschaft wird, oder wenn umgekehrt eine Kommanditgesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft umgewandelt wird, da, wie sich namentlich aus § 139 Abs 1, § 162 Abs 3 HGB ergibt, die frühere Gesellschaft nicht aufgelöst und eine neue Gesellschaft begründet wird, sondern die frühere Gesellschaft sich in anderer Form fortsetzt (KGJ 26 A 219; 27 B 16; 39 A 218; 51, 182; OLG 13, 24; auch RG 55, 126); wenn eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, der ein Grundstück gehört, gemäß § 332 Abs 1 HGB in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wird, da nach § 333 Abs 3 HGB auch hier die alte Gesellschaft ohne Auflösung in anderer Form fortgesetzt wird (OLG 5, 279); wenn ein Grundstück einer offenen Handelsgesellschaft, die ihre bisherige Firma in eine von ihr erworbene andere Firma umgewandelt hat, auf diese Firma umgeschrieben werden soll, da hinsichtlich des Eigentums eine Änderung des Rechtssubjekts nicht eintritt (KGJ 28 A 251); wenn das einer offenen Handelsgesellschaft gehörige Grundstück einer andern aus denselben Personen gebildeten offenen Handelsgesellschaft oder Gesellschaft des bürgerlichen Rechts übertragen werden soll, aus gleichem Grunde (RG JW 99, 320[48]; OLG 35, 323; a. M. KGJ 28 A 253). — **Dagegen ist wegen Eigentumsübertragung auf ein anderes Rechtssubjekt Auflassung erforderlich:** wenn ein Grundstück eingebracht wird von einem der Gemeinschafter oder von mehreren, die Miteigentümer sind, in eine Gesellschaft des BGB oder in eine offene Handelsgesellschaft oder in eine Kommanditgesellschaft, da nach § 706 Abs 2 BGB, § 105 Abs 2, § 161 Abs 2 HGB das Grundstück aus dem Eigentum des Einbringenden in das der Gesellschaft übergeht (RG 56, 99;

57, 434; 59, 432; 68, 417; 84, 112; KGJ 51, 187; OLG 10, 239; 13, 23); wenn von Gründern einer G. m. b. H. oder einer Genossenschaft oder Gewerkschaft Grundstücke in diese eingebracht werden, da das Eigentum der Gründer von dem der Gesellschaft bzw. Genossenschaft, Gewerkschaft verschieden ist (RG 64, 191; V 70/02; KGJ 30 A 180; 32 B 33); aus gleichem Grunde, wenn offene Handelsgesellschafter ihr Gesellschaftsgrundstück in eine von ihnen gegründete Gesellschaft m. b. H. einbringen (RG 74, 6); wenn mehrere Miteigentümer eines Grundstücks eine offene Handelsgesellschaft unter sich allein errichten, und in diese das Grundstück einbringen wollen, da das bisher einem jeden Miteigentümer als Sondereigentum zustehende Bruchteilseigentum, das einem Grundstücke gleichsteht, an die Gemeinschaft zur gesamten Hand übergehen soll, dergestalt, daß jeder bisherige Miteigentümer nicht mehr einen nach § 747 BGB seiner Verfügung unterstehenden Anteil an dem Grundstücke hat (RG 56, 96; 57, 433; 68, 417; 84, 112; KGJ 51, 187; OLG 10, 239; vgl. A 4); wenn ein zum Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft oder Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft gehörendes Grundstück in das Vermögen einer von den Teilhabern der fortgesetzten Gütergemeinschaft bzw. von den Miterben ohne Zuziehung anderer Personen gegründeten offenen Handelsgesellschaft übergeführt werden soll, da, wenn auch ein Personenwechsel nicht stattfindet, doch die Gemeinschaft zur gesamten Hand, welche Eigentümerin des Grundstücks ist, in ihrer Rechtsgestaltung wesentlich verschieden ist von der Gemeinschaft zur gesamten Hand, die nunmehr Eigentümerin werden soll (KGJ 45, 230; 51, 180); wenn ein Grundstück von einer offenen Handelsgesellschaft an einen Gesellschafter zum Sondereigentum übertragen, oder unter Bestehenbleiben der aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft einem Ausscheidenden als Abfindung zugewiesen werden soll, da an die Stelle der Gemeinschaft der einzelne als Eigentümer treten soll (RG 25, 252; 30, 150; JW 99, 609[39]; 00, 542[51]; Gruch 39, 1011; vgl. OLG 19, 338), und, wenn bei Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter ein Grundstück zugeteilt erhalten soll, oder die bisherigen Gesellschafter Miteigentümer des Grundstücks nach Bruchteilen werden sollen (KGJ 24 A 110; 28 A 252; RJA 4, 124; 9, 220; OLG 13, 23) aus gleichem Grunde (s. jedoch über die Fälle der Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens und des Ausscheidens eines Teilhabers aus der nur aus zwei Teilhabern bestehenden offenen Handelsgesellschaft A 4); wenn bei Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine einfache Kommanditgesellschaft und umgekehrt, das der einen Gesellschaft gehörige Grundeigentum auf die andere übertragen werden soll, da die erstere Gesellschaft als eine juristische Person von der letzteren verschieden ist und daher Auflösung und Neugründung erfolgen muß; wenn eine Aktiengesellschaft, deren Aktien in der Hand einer anderen Aktiengesellschaft vereinigt sind, an diese ein Grundstück als einzelnes Vermögensstück übertragen will, da die erstere Gesellschaft durch Vereinigung ihrer Aktien in einer andern Rechtsperson nicht untergegangen ist (RG 62, 73; vgl. auch OLG 19, 338); wenn bei Umwandlung einer mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit in eine Aktiengesellschaft ein Grundstück jener auf diese übertragen werden soll, da die beiden Gesellschaften zwei verschiedene juristische Personen sind (KGJ 25 A 278); wenn Schulgrundstücke von dem Schulverband auf die politische Gemeinde übertragen werden (KGJ 31 A 306). — Werden zwei politische Gemeinden durch Eingemeindung miteinander vereinigt, so ist hinsichtlich Übertragung des Vermögens, insbesondere der Grundstücke, für rechtsgeschäftliche Übertragungsakte überhaupt kein Raum (OLG 16, 153; 23, 330).

3. Über Gleichstellung des **Eigentums an Grundstücken** hinsichtlich der Übertragung mit dem Erbbaurecht und anderen Gerechtigkeiten vgl. A 1. — Wegen Erwerbsbeschränkungen bezüglich Grundstücke sind Vorbehalte für die Landesgesetzgebung gegeben in EG Art 86 (Juristische Personen); Art 87 (Religiose Orden oder ordensähnliche Kongregationen); Art 88 (Ausländer). Vgl. ferner § 5 Abs 3 HypBankG v. 13. 7. 99, § 54 PrivVUntG v. 12. 5. 01. Nach der BRVO über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. 3. 18, die für die Dauer des Krieges und die Übergangsjahre Geltung haben soll und deren Außerkraftsetzung der Bundesrat bestimmt, bedarf sowohl die Übernahme der Verpflichtung zur Übereignung als auch die Auflassung eines Grundstücks zur Wirksamkeit der Genehmigung der zuständigen Behörde, wenn das Grundstück über 5 ha groß ist; jedoch darf die Genehmigung nur versagt werden, wenn das Grundstück zum Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft bestimmt ist und eine der im § 3 Nr 1—4 bezeichneten Tatsachen vorliegt (vgl. dazu KGJ 51 S. 153, 155, 157, 161). Über die Erfordernisse für die Veräußerung von Schulgrundstücken im Gebiete des PrALR vgl. KGJ 51, 165. — Auch wenn es sich nicht um Übertragung des Eigentums, sondern um Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) handelt, weil der als Eigentümer Eingetragene in Wahrheit nicht Eigentümer ist, können die Beteiligten statt des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs gemäß § 22 GBO sich der Auflassung bedienen, da der Eingetragene nach dem Grundbuch Eigentümer ist und nichts entgegensteht, daß in der Form der Übertragung dieses aus dem Grundbuche (scheinbar) sich ergebenden Eigentums die

Eintragung des wahren Eigentümers herbeigeführt wird (RJA 9, 60; s. § 894 A 3). Anderseits kann, wenn die auf Grund einer Auflassung für den Erwerber erfolgte Eigentumseintragung eine Parzelle des veräußerten Grundstücks, die mitveräußert werden sollte, nicht umfaßt, auf Grund beurkundeter Erklärung der Beteiligten, daß die Auflassung sich auch auf die Parzelle erstrecken sollte und erstrecke, der Erwerber als Eigentümer der Parzelle eingetragen werden, ohne daß es einer neuen Auflassung bedarf (**RG** 73, 154).

4. Den **Grundstücken** (Begriff s. § 873 A 4) **steht gleich der Anteil eines Miteigentümers** beim Miteigentum nach Bruchteilen, da das Anteilsrecht gleichfalls Eigentum ist (§ 1008) und die nach § 747 zulässige Verfügung darüber nach den für die Verfügung über die Sache geltenden Vorschriften erfolgt. Daher bedarf es zur Verfügung über den ideellen Anteil der Auflassung. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Anteil unverändert auf einen Dritten oder auch einen anderen Miteigentümer übertragen oder ob die Größe der Anteile der einzelnen Miteigentümer verändert oder an die Stelle des ideellen Anteils ein realer Teil des Grundstücks gesetzt werden soll (vgl. **RG** 52, 174; 56, 100; 69, 40; 76, 413; KGJ 21 A 111; OLG 20, 406). Dies gilt auch dann, wenn mehrere Miteigentümer sich zu einer offenen Handelsgesellschaft vereinigen und in diese das Grundstück einbringen, da das Bruchteilseigentum eines jeden in einen Gesellschaftsanteil, über den er nach § 719 Abs 1 nicht verfügen darf, sich umwandelt; auch sind Auflassungen schon deshalb erforderlich, weil die Übertragung des Bruchteilseigentums auf eine andere Rechtspersönlichkeit stattfindet (vgl. A 2; **RG** 56, 96; 57, 433; 68, 417; 76, 413; 84, 112; KGJ 51, 187; OLG 10, 239). Dagegen handelt es sich **nicht** um **Übertragung des Eigentums oder eines Bruchteilseigentums an einem Grundstücke,** und ist **daher Auflassung nicht erforderlich:** wenn bei der Miterbengemeinschaft einem der Miterben von den übrigen der gesamte Nachlaß übertragen wird, oder wenn ein Miterbe seinen Anteil oder einen Bruchteil seines Anteils am Nachlasse auf einen andern Miterben oder einen Dritten überträgt, da hierbei Gegenstand der Veräußerung nicht ein Bruchteilseigentum an dem zum Nachlasse gehörenden Grundstücke, sondern der Anteil am gesamten Nachlasse gemäß § 2033 Abs 1 ist (KGJ 26 A 113; 33 A S. 207, 231; 35 A 74; 46, 182; RJA 11, 238; auch **RG** 60, 131; KGJ 38 A 233); wenn ein Gesellschafter aus einer Gesellschaft des BGB oder einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft, der ein Grundstück gehört, ausscheidet, da sein Anteil am gesamten Gesellschaftsvermögen gemäß § 738 Abs 1 BGB, §§ 105 Abs 2, 161 Abs 2 HGB den Anteilen der andern Gesellschafter kraft Gesetzes zuwächst (**RG** 65, 227; 68, 410; KGJ 50, 194); wenn bei Auflösung einer nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft, der ein Grundstück gehört, der eine bisherige Gesellschafter das gesamte Gesellschaftsvermögen (Aktiva und Passiva) übernimmt, da in entsprechender Anwendung von § 142 Abs 3 HGB, § 738 Abs 1 BGB der übertragende Gesellschafter als Ausscheidender anzusehen ist, dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen dem andern Gesellschafter ohne besonderen Übertragungsakt zuwächst (str.; **RG** 60, 156; 65, 234; 68, 410; 87, 409; 92, 165; Warn 1919 Nr 138; RJA 9, 71; a. M. KGJ 24 A 110; 25 A 78, 80; RJA 9, 221); wenn eine inländische Aktiengesellschaft, der ein Grundstück gehört, ohne Liquidation nach Maßgabe des § 304 HGB vom Staat oder einem Kommunalverband übernommen oder gemäß § 306 HGB mit einer andern Aktiengesellschaft vereinigt wird, da in diesen Fällen das gesamte Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergeht (**RG** 28, 363; 79, 45; KGJ 28 A 148; 32 A 206; 35 A 290; anders, wenn die aufnehmende Gesellschaft ihren Sitz im Auslande hat, da eine Gesamtrechtsnachfolge nur in den besonders bestimmten Fällen stattfindet; KGJ 21 A 294; OLG 14, 358).

5. Über die zur Eigentumsübertragung außer der Auflassung **nach § 873 erforderliche Eintragung in das Grundbuch** vgl. § 873 A 10. Zu bemerken ist hier noch folgendes: Die Eintragung darf gemäß § 20 GBO erst nach der Auflassung erfolgen. Jedoch ist diese Bestimmung nur eine formellrechtliche Ordnungsvorschrift. Wird erst nach der Eintragung rechtswirksam (z. B. weil eine vorhergegangene Auflassung nichtig war) aufgelassen, so geht mit der Auflassung das Eigentum über, da das materielle Recht nicht bestimmt, daß die Auflassung vorhergehen müsse. Jedoch muß die vorangegangene Eintragung zur Vollziehung der nämlichen Rechtsänderung vorgenommen worden sein, welche Gegenstand der Auflassung ist; es genügt nicht, wenn der Auflassungsempfänger zwar bereits als Eigentümer im Grundbuch eingetragen steht, aber aus anderer rechtlicher Veranlassung (vgl. § 873 A 10). So z. B. muß, wenn die Eigentumseintragung auf Grund Vorerbschaft erfolgt, demnächst die Nacherbfolge eingetreten ist (z. B. weil die zur Vorerbin eingesetzte Witwe des Erblassers sich wieder verheiratet hat) und dann der Erbe das ihm nun zugefallene Grundstück an die frühere Vorerbin aufläßt, die Eintragung dieser als Eigentümerin von neuem erfolgen, wenn die Eigentumsübertragung sich vollziehen soll (KGJ 51, 187). — Die Eintragung ist ein der Auflassung gleichwertiges Erfordernis der Eigentumsübertragung. Solange sie nicht bewirkt worden, ist der Auflassende Eigentümer. Er ist daher im Verhältnisse zu Dritten **in der Zwischenzeit zwischen Auflassung**

und Eintragung zur Verfügung über das Grundstück noch berechtigt (**RG** 55, 341). Der Grundbuchrichter ist auch, wenn die Auflassung gemäß landesgesetzlicher Zulassung (Art 143 EG; vgl. A 12) vor einem Notar oder vor einer andern Behörde als dem Grundbuchamte stattgefunden hat und die Verhandlung über die Auflassung dem Grundbuchamte noch nicht eingereicht worden ist, selbst im Falle der Kenntnis von der Auflassung nicht berechtigt, die Entgegennahme der Verfügung (z. B. der Bestellung einer Hypothek) abzulehnen. Auch Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung (z. B. einer Zwangshypothek, des Eigentums für einen Dritten auf Grund einer rechtskräftigen Verurteilung zur Auflassung) können in der Zwischenzeit rechtswirksam erfolgen (**RG** 55, 341). — Steht der beantragten Eigentumseintragung ein Hindernis entgegen, so hat der Grundbuchrichter, wenn er den Antrag (s. A 13) nicht zurückweist, wozu er auch nach Entgegennahme der Auflassungserklärungen wegen erst nachträglich ermittelter Umstände berechtigt ist (OLG 5, 294), sondern gemäß § 18 Abs 1 GBO eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses bestimmt, im Falle des Eingehens eines andern Eintragungsantrags gemäß § 18 Abs 2 GBO eine Vormerkung zur Sicherung des Rechtes auf Eintragung des Eigentumsübergangs einzutragen. Nur dann, wenn dies geschehen, ist die auf Grund des später eingegangenen Antrags bewirkte Eintragung gegenüber dem demnächst eingetragenen Erwerber gemäß § 888 unwirksam (**RG** 55, 340). — Jedoch im Verhältnisse zwischen den Beteiligten untereinander ist durch den dinglichen Vertrag der Auflassende gemäß § 873 Abs 2 an seine Erklärung gebunden, so daß er sie nicht widerrufen noch sonst die Eintragung einseitig hindern kann. Die Berechtigung zur Verfügung ist im Verhältnisse der Beteiligten durch die Auflassung auf den Auflassungsempfänger mit dem Vorbehalte übertragen, daß er demnächst seine Eigentumseintragung erlangt. Geschieht dies, so wird er mit Rückwirkung vom Zeitpunkt der Auflassung an Eigentümer (KGJ 28 A 126). — Durch Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten wird gemäß § 130 die Rechtswirksamkeit des dinglichen Vertrags nicht berührt vielmehr ist auf Antrag trotzdem die Eintragung des Eigentumsübergangs vorzunehmen (s. § 873 A 7). Tritt in der Zwischenzeit eine Verfügungsbeschränkung des Veräußerers ein, so ist dies gemäß § 878 dann, wenn der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamt, was im Falle der Auflassung vor dem Grundbuchamte regelmäßig zugleich mit dieser geschieht (s. A 13), gestellt ist, ebenfalls ohne Einfluß (anders, wenn die Auflassung gemäß Art 143 EG an anderer Stelle stattgefunden hat und der Eintragungsantrag beim Grundbuchamte noch nicht gestellt ist; vgl. **RG** 53, 88). Der Erwerber anderseits ist in der Zwischenzeit, da er noch nicht Eigentümer ist, zu Verfügungen (z. B. zu einer anderweiten Auflassung) nicht befugt. Jedoch werden die Verfügungen gemäß § 185 Abs 2 mit dem Zeitpunkte seiner Eintragung wirksam (OLG 2, 2).

6. Die **Einigung** ist ein **auf Übertragung des Eigentumsrechts** gerichteter, von dem schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäfte **gesondert bestehender** (abstrakter dinglicher) **Vertrag** (s. § 873 A 7; KGJ 51, 176). Sie ist nicht, wie das Grundrechtsgeschäft, ein auf die Begründung von Verpflichtungen gerichtetes Rechtsgeschäft (vgl. § 873 A 13), wenn auch an den Übergang des Eigentums kraft Gesetzes Verpflichtungen des Erwerbers, insbesondere in polizeilicher und steuerlicher Beziehung, unter Umständen auch Verpflichtungen privatrechtlicher Art (vgl. §§ 1021 Abs 2, 1022, 1108 Abs 1) geknüpft sind. Daher finden z. B. auf die Entgegennahme der Auflassung für eine öffentlichrechtliche juristische Person (z. B. eine preußische Landgemeinde) die besonderen Vorschriften über die Vertretungsmacht bei Abgabe verpflichtender Erklärungen der juristischen Person keine Anwendung (KGJ 46, 171). Das Grundrechtsgeschäft bedarf der im § 313 Satz 1 vorgeschriebenen Form. Jedoch wird nach § 313 Satz 2 der Mangel der Form durch Auflassung und Eintragung geheilt. Vgl. darüber, daß in Bayern das Grundrechtsgeschäft auch vor Anlegung des Grundbuchs (da Art 189 EG insoweit keine Anwendung findet) der Form des § 313 Satz 1 bedarf, daß aber durch die nach bayerischem Recht erfolgende Eigentumseintragung in das Hypothekenbuch (insoweit greift Art 189 EG Platz) der Mangel der Form (weil keine Auflassung im Sinne des § 313 Satz 2) nicht geheilt wird, **RG** Warn 1916 Nr 20. — Der Vorlegung einer Urkunde über das Grundrechtsgeschäft bedarf es nach Reichsrecht zur Vornahme der Auflassung nicht. Jedoch kann gemäß § 98 GBO landesgesetzlich die Ordnungsvorschrift erlassen werden, daß das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen soll, wenn die nach § 313 erforderliche Urkunde vorgelegt wird. Vgl. in dieser Hinsicht RG Warn 1916 Nr 279). — Hinsichtlich des selbständigen rechtlichen Daseins der Einigung gegenüber dem Grundrechtsgeschäfte wird im allgemeinen auf die Ausführungen in § 873 A 7 verwiesen. Hier ist mit Rücksicht auf die besonders praktische Bedeutung der Auflassung in dieser Hinsicht folgendes hervorzuheben: Die **Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts** zieht nicht ohne weiteres die Nichtigkeit der Auflassung nach sich, wiewohl diese im Verhältnisse zu jenem das Erfüllungsgeschäft ist (vgl. **RG** 57, 96; 72, 63). Vielmehr kann die Auflassung trotz Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts rechtswirksam sein, also die Eigentumsübertragung bewirkt haben, da eben die Auflassung ein selbständiger Vertrag ist, der für sich den allgemeinen Vorschriften über

Rechtsgeschäfte, insbesondere auch hinsichtlich der Rechtsgültigkeit den Vorschriften der §§ 104ff., 116ff., 145ff., unterliegt (vgl. **RG** 75, 70; RJA 2, 85; 3, 263; 7, 56; 7, 278). Dies gilt aus letzterem Grunde auch dann, wenn das Grundrechtsgeschäft wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138) nichtig ist; die Unsittlichkeit des Grundrechtsgeschäfts macht nicht von selbst auch das Rechtsgeschäft der Auflassung unsittlich und damit nichtig (vgl. **RG** 63, 185; 68, 100; 72, 64; 75, 70; 78, 285; JW 06, 736[3]; 1911, 317[2]; 1912, 853[4]; **RG**St JW 07, 548[1]; s. auch hier Abs 2 a. E.; a. M. OLG 11, 303; 13, 321). Die Auflassung kann überhaupt nicht sittenwidrig sein (s. unten Abs 2). Ist das Grundrechtsgeschäft für sich allein nichtig, so kann die auf Grund der rechtswirksamen Auflassung erfolgte Eigentumsübertragung nur im Wege der Geltendmachung eines persönlichen Bereicherungsanspruchs gemäß §§ 812ff. (Kondiktion) von dem die Auflassung Erteilenden rückgängig gemacht werden (vgl. **RG** 63, 185; 66, 389; 68, 100; RJA 7, 278). Jedoch kann ein Tatbestand, aus dem sich die Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts ergibt, in gleicher Weise auch hinsichtlich der Auflassung vorliegen, so daß diese ebenfalls nichtig ist. Dies wird beispielsweise der Fall sein können, wenn bei einem Grundstückskaufe der das Kaufgeschäft anfechtende Vertragsteil sich im Irrtum über den Kaufgegenstand oder die Person des Vertragsgegners befunden und dieser Irrtum auch noch bei der Auflassung obgewaltet hat (vgl. **RG** 66, 389; 69, 16; OLG 16, 151; vgl. auch RJA 9, 203). — In formellrechtlicher Hinsicht ist zu bemerken, daß die Gültigkeit des Grundrechtsgeschäfts regelmäßig nicht der Prüfung des Grundbuchrichters unterliegt; er darf daher die Entgegennahme der Auflassung und die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer regelmäßig selbst dann nicht ablehnen, wenn er das Grundrechtsgeschäft für ungültig hält (KGJ 46, 175).

Anderseits kann auch das Grundrechtsgeschäft rechtsgültig, dagegen die **Auflassung anfechtbar** (z. B. wegen Irrtums, Betrugs; vgl. RJA 9, 59) **oder nichtig** (z. B. wegen Fehlens einer Einigung über den Eigentumsübergang, wegen Scheingeschäfts, Geschäftsunfähigkeit eines Vertragsteils; vgl. **RG** 78, 375; JW 02 Beil 202; Gruch 63, 507; OLG 26, 180; sowie § 873 A 7a) sein. In den besonders wichtigen Fällen, daß die **Auflassungserklärungen** hinsichtlich des Gegenstandes der Eigentumsübertragung **nicht mit demjenigen, was gewollt ist, übereinstimmen,** ist nach den für Rechtsgeschäfte hinsichtlich Irrtums, Fehlens der Willensübereinstimmung und falscher Bezeichnung allgemein geltenden Grundsätzen folgendes zu unterscheiden: Stimmen die Auflassungserklärungen beider Teile überein und entspricht auch die Auflassungserklärung des einen Teiles seinem Willen, hat aber der andere Teil geglaubt, seine Erklärung beziehe sich auf ein anderes Grundstück oder betreffe nur einen Teil des von der Erklärung tatsächlich umfaßten Grundstücks, so ist die Auflassung nicht nichtig, sondern nur wegen des Irrtums des zuletzt genannten Vertragsteils über den Inhalt seiner Erklärung gemäß §§ 119, 121 anfechtbar (vgl. **RG** 58, 233; JW 06, 190[6]; Warn 1910 Nr 270). Haben beide Teile unter den von ihnen übereinstimmend abgegebenen Erklärungen, die an sich mehrdeutig sind, etwas anderes und zugleich voneinander Verschiedenes verstanden, sind sie also zwar in ihren Erklärungen, aber zufolge gegenseitigen Mißverständnisses nicht in ihrem von den Erklärungen abweichenden Wollen übereinstimmend (sog. versteckter Dissens im Sinne des § 155), so liegt nur ein Schein einer Willensübereinstimmung vor und ist die Auflassung, weil in Wahrheit eine Einigung fehlt, nichtig (vgl. **RG** 28, 307; 66, 122; 68, 9; 78, 376; JW 00, 403[30]; 1911, 944[10]). Ist von beiden Beteiligten den Auflassungserklärungen zwar eine andere Bedeutung beigelegt, jedoch von beiden dasselbe gemeint worden, so daß beide in ihren von den Erklärungen abweichenden Willen übereinstimmen, so liegt nur eine falsche Bezeichnung (falsa demonstratio) hinsichtlich des Gegenstandes der Auflassung vor und ist gemäß der maßgebenden Bedeutung, die übereinstimmend die Parteien ihren Erklärungen beigelegt haben, eine rechtswirksame Auflassung desjenigen Gegenstandes erfolgt, auf das sich der beiderseitige Wille erstreckte, während hinsichtlich des von den Erklärungen tatsächlich umfaßten Gegenstandes nur ein Schein, nicht die Wirklichkeit einer Einigung vorliegt. Daher ist z. B., wenn die Auflassungserklärungen alle auf einem Grundbuchblatte verzeichneten Grundflächen umfassen, aber sowohl der Wille des Veräußerers als auch der Wille des Erwerbers sich auf einen Teil der Grundflächen (einzelne miteingetragene Parzellen) nicht erstreckt hat, eine rechtsgültige Auflassung erfolgt, jedoch nur hinsichtlich der von dem übereinstimmenden Willen beider Teile umfaßten Grundflächen, während hinsichtlich der anderen Grundflächen die Auflassungserklärungen nichtig sind (**RG** 60, 340; 66, 21; 77, 33; JW 07, 540[1]; 1911, 944[10]; Warn 1910 Nr 270; Gruch 58, 196; OLG 26, 38; auch **RG** 46, 225; JW 99, 681[24]; 00, 403[30]; 01, 813[34]; Gruch 44, 993; RJA 11, 132). Jedoch ist auch hier zu beachten, daß, um den Eigentumsübergang herbeizuführen, zu der Auflassung noch die Eintragung auf den Gegenstand der Auflassung hinzutreten muß. In dem zuletzt genannten Falle umfaßt eine etwaige gemäß den Auflassungserklärungen erfolgte Eintragung des Eigentumsübergangs auf alle Grundflächen auch die Grundflächen, die nach dem Willen der Beteiligten allein aufgelassen werden sollten, so daß mit der (über

den Willen der Beteiligten hinausgehenden) Eintragung das Eigentum an den letzteren Grundflächen übergegangen ist. Wenn aber die Eintragung nach Maßgabe der (unrichtigen) Auflassungserklärungen auf ein anderes Grundbuchblatt erfolgt ist, muß, um den Übergang des Eigentums an dem Grundstück, das in Wahrheit aufgelassen werden sollte und aufgelassen worden ist, herbeizuführen, die Eintragung auf das Grundbuchblatt dieses Grundstücks, etwa nachdem durch freiwillige Erklärung oder durch Urteil die richtige Bedeutung der Auflassungserklärungen festgestellt ist, nachgeholt werden (vgl. **RG** 60, 340). Über den Fall der nachträglichen Eintragung des Erwerbers als Eigentümer einer Parzelle des veräußerten Grundstücks auf Grund der Erklärung der Beteiligten, daß sich die Auflassung auch auf die Parzelle miterstreckt habe, vgl. A 3. Auch sonst wird durch falsche Bezeichnung des Auflassungsgegenstandes die Wirksamkeit der Auflassung nicht beeinträchtigt (vgl. **RG** JW 04, 58[13]; 09, 47[8], KGJ 37 A 262). — Wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs 1) kann, wie überhaupt ein dingliches Erfüllungsgeschäft, so auch die Auflassung nicht nichtig sein. Vgl. hierüber § 873 A 7a. Jedoch im Falle eines wucherischen Geschäfts ist nach der Sonderbestimmung des § 138 Abs 2 auch die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts, also gegebenenfalls auch einer auf Grund wucherischen Grundrechtsgeschäfts erteilten Auflassung, anzunehmen, weil § 138 Abs 2 unter den dort bestimmten Voraussetzungen nicht nur das Versprechen, sondern auch die Gewährung von Vermögensvorteilen für nichtig erklärt (str., vgl. **RG** 57, 97; JW 06, 736[3]; 1913, 540[3]; a. M. OLG 15, 339). Im letzteren Falle geht daher durch die Auflassung Eigentum auf den Erwerber nicht über und steht dem Veräußerer die Eigentumsklage zu. Abgesehen hiervon kann mit der Auflassung ein sittenwidriger Zweck verbunden sein (z. B. der Zweck, dem Erwerber durch Verschaffung des Eigentums den Betrieb eines Bordells auf dem Grundstücke zu sichern; vgl. **RG** 63 S. 179, 346, 367; 64, 146; 68, 97; 71, 433; 75, 70; 78, 282; JW 06 S. 226[10], 736[3]; 1911, 317[2]; 1912, 853[4]; 1913, 682[1]; Warn 1912 Nr 243; 1913 Nr 312; Gruch 50, 927; 52, 1064). Ist dies der Fall, so findet § 817 Anwendung (vgl. **RG** 48, 297; 78, 284; JW 1913 Nr 682[1]) und ist, wenn von beiden Teilen ein solch sittenwidriger Zweck verfolgt worden ist, gemäß Satz 2 § 817 der sonst im Falle der Nichtigkeit des Grundrechtsgeschäfts dem Veräußerer zustehende persönliche Anspruch auf Rückgabe (Kondiktion) des aufgelassenen Grundstücks (s. hier Abs 1) ausgeschlossen (vgl. **RG** 78, 284; JW 08, 139[9]; 1913, 682[1]).

7. Daß der **Veräußerer** im Grundbuche **als Eigentümer eingetragen,** ist zur Gültigkeit der Auflassung und der daraufhin erfolgten Eintragung des Eigentumsübergangs nicht erforderlich. Jedoch nach der Ordnungsvorschrift des § 40 Abs 1 GBO soll das Grundbuchamt die Eintragung des Eigentumsübergangs nicht vornehmen, bevor nicht der Veräußerer sich als Eigentümer hat eintragen lassen. Auch von dieser Vorschrift enthält § 41 GBO Ausnahmen, insbesondere für auflassende Erben, sofern ihr Erblasser als Eigentümer eingetragen ist. — Anderseits ist auch der **eingetragene Nichteigentümer** zur Auflassung formell legitimiert, so daß das Grundbuchamt nicht etwa deswegen, weil der Eingetragene nach dem Inhalte des Grundbuchs oder der Grundakten nicht wahrer Eigentümer sei, die Entgegennahme der Auflassung und die Eintragung ablehnen darf (a. M. KGJ 28 A 97), und der Erwerber erlangt nach § 892 Eigentum, es sei denn, daß ihm bekannt ist, daß der Auflassende nicht wahrer Eigentümer sei (vgl. KGJ 26 A 252; 28 A 102). — Läßt ein **nicht eingetragener Nichteigentümer** im eigenen Namen auf, so kann selbst eine solche Auflassung wirksam werden gemäß § 185 Abs 2, wenn der wahre Eigentümer sie genehmigt oder der Auflassende hinterher Eigentümer des Grundstücks wird oder er von dem wahren Eigentümer beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet; denn die Vorschriften des allgemeinen Teiles finden auch auf dem Gebiete des Sachenrechts Anwendung, soweit nicht ihre Unanwendbarkeit sich aus Sondervorschriften des Sachenrechts ergibt; dies gilt auch von § 185, und die Auflassung stellt sich als eine Verfügung im Sinne dieser Vorschrift dar (s. § 873 A 8), da sie zwar nicht für sich allein, aber doch unter Hinzutritt des nicht rechtsgeschäftlichen Tatumstandes der Eintragung eine Rechtsänderung bewirkt (**RG** 54, 366; KGJ 21 A 157; 36 A 196; 47, 158; 51, 193; RJA 2, 250; 3, 263; OLG 5, 418). So kann z. B., wenn der Erwerber eines Grundstücks nach der an ihn von dem Eigentümer erteilten Auflassung das Grundstück an einen weiteren Erwerber aufläßt, dieser als Eigentümer eingetragen werden, ohne daß es der vorherigen Eintragung des Ersterwerbers als Eigentümer bedarf, sofern der Erstveräußerer zu der Auflassung an ihn seine Einwilligung erteilt hat (was in der Auflassung an den Ersterwerber, wenn nicht besondere Umstände entgegenstehen, wird gefunden werden können) oder seine Genehmigung erteilt (KGJ 47, 158). Die Genehmigung kann auch gemäß § 894 ZPO durch rechtskräftiges Urteil gegen den Berechtigten auf Zustimmung zu der Auflassung ersetzt werden, so z. B. wenn der Auflassende einen (durch Vormerkung gesicherten) Anspruch darauf hat, daß der als Eigentümer Eingetragene seinerseits einen von ihm zu benennenden Dritten das Grundstück aufläßt, und er diesen Anspruch für den Eigentümer und Schuldner (§ 267) durch die Auflassung an den von ihm gewählten Dritten erfüllt hat (vgl. KGJ 51, 193). Solange allerdings die genannten, die Rechtswirksamkeit der Auflassungserklärung

herbeiführenden Tatsachen noch nicht eingetreten sind, hat das Grundbuchamt die Eintragung abzulehnen, da die Auflassung nicht eine gehörige Grundlage für die Eintragung bildet (RJA 2, 252). Hat aber das Grundbuchamt die Eintragung (versehentlich) vorgenommen, so kann auch noch nachträglich die in der Auflassung und Eintragung enthaltene Verfügung durch Eintritt der Tatsachen wirksam werden. Dabei wirkt insbesondere die Tatsache der Genehmigung gemäß § 184 Abs 1 auf den Zeitpunkt der Auflassung zurück mit der Maßgabe, daß nach § 184 Abs 2 die auf Grund der Bewilligung des Genehmigenden oder gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung in der Zeit zwischen Auflassung und Genehmigung bewirkten Eintragungen wirksam bleiben. Allerdings muß nach § 925 die Einigung des Veräußerers und des Erwerbers bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamte erklärt werden. Dies findet aber auf die Genehmigung nicht Anwendung. Denn Veräußerer ist nicht der Genehmigende, sondern der auflassende Nichteigentümer, und die Genehmigung ist ein selbständiges Rechtsgeschäft, das nach § 182 Abs 1, 2 einem der Vertragschließenden gegenüber zu erklären ist und nicht der für das Rechtsgeschäft, zu dem sie erteilt wird, bestimmten Form bedarf (RJA 2, 252). — Desgleichen kann eine Auflassung, die im Namen des Eigentümers ein **Vertreter ohne Vertretungsmacht** erklärt, gemäß § 177 BGB durch nachträgliche Genehmigung des Eigentümers wirksam werden (KGJ 22 A 146; 34 A 253; 36 A 195; RJA 2, 85, auch 4, 132; OLG 29, 342). Die Genehmigung muß aber gemäß § 182 Abs 1 gegenüber dem einen oder dem anderen Auflassungsvertragsteil erfolgen und dem Grundbuchamt in dieser Art formgerecht (§ 29 GBO) nachgewiesen werden; eine dem Grundbuchamte gegenüber erklärte Genehmigung genügt nicht (KGJ 34 A 253; 36 A 199; RJA 2 S. 86, 189; a. M. RJA 4, 132). Auch genügt die Genehmigung des (schuldrechtlichen) Grundrechtsgeschäfts allein bei der Selbständigkeit der Auflassung (s. A 6) an sich nicht (KGJ 20 A 237; RJA 3, 59). Jedoch wird regelmäßig in der Zustimmung zum Grundrechtsgeschäft auch zugleich die Zustimmung zur Auflassung zu finden sein (RJA 3, 59). — Da in diesen Fällen die Auflassung nicht, wie etwa im Falle der Auflassungserklärung eines Geschäftsunfähigen (§ 104), nichtig ist, sondern wirksam werden kann, darf das Grundbuchamt die Entgegennahme der Auflassung nicht verweigern (RJA 3, 263; auch OLG 20, 32). Hinsichtlich des etwaigen Antrags auf Eintragung des Eigentumsübergangs aber hat das Grundbuchamt nach § 18 GBO zu verfahren, also entweder den Antrag sogleich zurückzuweisen oder eine Frist zur Nachbringung der Genehmigung bzw. der Vollmacht zu bestimmen. — Eine Auflassungsvollmacht ist als über den Tod des Machtgebers mit Wirkung für und gegen den Erben hinausbestehend anzusehen, wenn sie in Verbindung mit einem von dem Machtgeber selbst geschlossenen Veräußerungsvertrag erteilt ist; denn nach § 1922 gehen das Vermögen einer Person und damit auch die von ihr begründeten, nicht auf ihre Person oder Lebensdauer beschränkten Rechtsverhältnisse auf den Erben über (**RG** 88, 345; OLG 10, 68; KGJ 45, 243; 50, 157). Es bedarf dann zur Eintragung des Eigentumsübergangs auf Grund der durch den Bevollmächtigten bewilligten Auflassung weder des Nachweises der Erbfolge noch beim Vorhandensein minderjähriger Miterben der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (**RG** 88, 345; KGJ 50, 157 unter Aufgabe von KGJ 41, 162; 41, 174; OLG 24, 88; 25, 381). Dagegen kann ein Vorerbe durch eine ausschließlich für die Zeit nach Eintritt des Nacherbfalls erteilte Vollmacht dem Bevollmächtigten Befugnisse zur Vertretung des Nacherben nicht übertragen, also auch nicht die Befugnis zur Auflassung eines zum Nachlaß gehörigen Grundstücks; denn nach §§ 2100, 2139 endet das Recht des Vorerben mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge, und der Nacherbe ist nicht Erbe des Vorerben, sondern Erbe des Erblassers, von dem er unmittelbar sein Recht ableitet (KGJ 50, 161).

8. In der Auflassungserklärung des eingetragenen Eigentümers kann zugleich seine Zustimmung dazu liegen, daß der **Erwerber** an einen anderen, **bevor er als Eigentümer eingetragen ist, weiter aufläßt,** so daß die Auflassungserklärung des mangels Eintragung an sich noch nicht verfügungsberechtigten Erwerbers gemäß § 185 Abs 1 wirksam ist und die Eintragung sogleich des zweiten Erwerbers erfolgen kann (**RG** 54, 367; SeuffA 57 Nr 10; a. M. OLG 8, 190).

9. Die **Auflassung** hat, **abgesehen von dem Eigentumsübergange** bei hinzutretender Eintragung (s. A 5), die **Wirkung,** daß, wenn ihr ein Kauf oder Tausch zugrunde liegt, gemäß §§ 446, 515 von dem Zeitpunkte der Eintragung ab Gefahr, Nutzungen und Lasten auf den Käufer übergehen, und daß nach § 464 der Käufer seine Ansprüche auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz verliert, wenn er, obschon er die Mängel des Grundstücks kennt, die Auflassung ohne Vorbehalt annimmt (**RG** 58, 261; 59, 104; JW 01, 785; 08, 137[7]). — Den Besitz erlangt der Auflassungsempfänger durch die Auflassung allein nicht. Ist er aber in der Lage, die Gewalt über das Grundstück auszuüben, so ist die Auflassung als eine den Besitz verschaffende Einigung im Sinne des § 854 Abs 2 anzusehen. — Die **Kosten der Auflassung** hat nach § 449 der Käufer zu tragen. Bezüglich der Kosten im Falle sonstiger zugrunde liegender Rechtsgeschäfte bestimmt das BGB nichts. Es kommt hierbei auf das

Wesen der Grundrechtsgeschäfte an. Hat danach der Erwerber Anspruch auf kostenfreie Verschaffung des Eigentums (wie z. B. beim Schenkungsvertrag, Vermächtnis), so muß der Veräußerer die Kosten tragen. In der Regel aber wird der Erwerber eine dem Käufer ähnliche Rechtsstellung haben (z. B. bei Übernahme des Nachlaßgrundstücks im Falle der Erbauseinandersetzung) und § 449 auf ihn entsprechend anzuwenden sein.

10. Die Vorschrift der **gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt** enthält eine Ausnahme von § 128. Auch das formelle Grundbuchrecht macht im § 20 GBO, der eine Ausnahme von § 19 GBO enthält, die Eigentumsumschreibung davon abhängig, daß die Einigung von beiden Teilen erklärt ist. Nach Art 143 Abs 2 EG kann landesrechtlich bestimmt werden, daß für den Fall gerichtlicher oder notarieller Versteigerungen und wenn die Auflassung noch in dem Versteigerungstermine stattfindet, es der gleichzeitigen Anwesenheit nicht bedarf. — Haben auf der einen Vertragsseite mehrere Beteiligte (z. B. Miterben, Miteigentümer) mitzuwirken, so ist nicht erforderlich, daß auch diese mehreren Beteiligten sämtlich ihre Erklärung gleichzeitig abgeben. Die Ausnahme von § 128 besteht nur darin, daß die beiden Vertragsgegner ihre Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit zu erklären haben. Daher genügt es, wenn jedesmal der andere Teil und einer oder einzelne der mehreren Vertragsgegner gleichzeitig die Auflassungserklärungen abgeben und schließlich die gleichzeitig mit dem anderen Teil erfolgten Auflassungserklärungen der sämtlichen Vertragsgegner vorliegen (RJA 8, 245; OLG 9, 343).

11. Daß **beide Teile** vor dem Grundbuchamt **in Person erscheinen,** ist **nicht erforderlich.** Die Beteiligten können sich vielmehr durch **Bevollmächtigte** vertreten lassen. Die Bevollmächtigung ist dem Grundbuchamte nachzuweisen. Es genügt aber Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Vollmacht, da der Bevollmächtigte seine Vertretungsbefugnis auf eine (Bevollmächtigungs-) Erklärung des Vertretenen gründet und diese Erklärung eine im Sinne des § 29 Satz 1 GBO zur Eintragung erforderliche Erklärung ist (RJA 2, 189; OLG 12, 153). — Daß die Vollmacht besonders für die Auflassung erteilt wird, ist nicht erforderlich; vielmehr umfaßt die Vollmacht zum Abschlusse des Grundrechtsgeschäfts auch die Bevollmächtigung zu der dinglichen Einigung. Ist die Vollmacht bereits vor der Auflassung durch Widerruf (§ 168) oder Konkurseröffnung (§ 23 KO) erloschen, so hat zwar das Grundbuchamt, auch wenn ihm das Erlöschen bekannt wird, die Auflassung entgegenzunehmen, aber den Antrag auf Eintragung so lange abzulehnen (§ 18 GBO), bis ihm die Genehmigung des Vertretenen bzw. des Konkursverwalters (§ 177) nachgewiesen wird (vgl. A 7). Tritt jedoch das Erlöschen (z. B. durch Widerruf, Tod) erst nach der Auflassung ein, so hindert dies die Eintragung nicht. Über Fortdauer der Vollmacht nach dem Tode des Vollmachtgebers vgl. A 7 a. E. — Einem Notar, vor dem das Grundrechtsgeschäft geschlossen wird, kann mit Rücksicht auf § 171 Nr 1 FGG nicht in derselben Urkunde eine Vollmacht zur Auflassung von den Beteiligten erteilt werden (KGJ 24 A 6). — **Gesetzliche Vertreter** müssen, da ihre Vertretungsbefugnis auf dem Gesetze, nicht auf einer Erklärung des Vertretenen beruht, gemäß § 29 Satz 2 GBO öffentliche Urkunden über ihre Ernennung beibringen (RJA 2, 189; KGJ 22 A 296), so der Vormund (§ 1791), der Nachlaßpfleger (§ 1961), der Nachlaßverwalter (§§ 1975 ff.), der Konkursverwalter (§ 78 KO). Vgl. ferner hinsichtlich des Vorstandes: eines Vereins: § 69 (Zeugnis des Registerrichters) und OLG 3, 428; 10, 406 (Auflassungserklärung durch den ganzen Vorstand); einer Genossenschaft: § 26 Abs 2 GenG (Zeugnis des Genossenschaftsregisterrichters); einer Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, offenen Handelsgesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung: §§ 33, 35 GBO (Zeugnis des Handelsregisterrichters, Bezugnahme auf Handelsregister) und RJA 3, 105 (Auszug des Gerichtsschreibers aus dem Register genügend). — Bezüglich des **Prokuristen** und des **Handlungsbevollmächtigten** vgl. §§ 49 Abs 2, 54 Abs 2 HGB (zur Grundstücksveräußerung nur im Falle besonderer Ermächtigung befugt) und RJA 5, 273 (zur Belastung eines Grundstücks bei dessen Erwerb ebenfalls nur im Falle besonderer Ermächtigung befugt). — Über Auflassungserklärung eines Vertreters **ohne Vertretungsmacht** vgl. A 7. — Unter welchen Voraussetzungen **ein Vertreter** im Namen des Vertretenen **mit sich selbst die Einigung erklären** kann, ergibt sich aus § 181. Danach ist sowohl ein gewillkürter als auch ein gesetzlicher Vertreter dazu befugt, wenn die Eigentumsübertragung lediglich zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt; der erstere ferner, wenn ihm die Eigentumsübertragung an sich selbst durch die Vollmacht gestattet ist. Unter denselben Voraussetzungen können beide Vertragsteile von einer Person bei der Auflassung vertreten werden, insbesondere kann eine Person sowohl zur Erteilung wie zur Entgegennahme der Auflassung bevollmächtigt werden (vgl. **RG** 51, 422; RJA 3, 45; KGJ 21 A 292). Auch einem Testamentsvollstrecker, der nicht Vertreter der Erben ist und auf den daher § 181 keine Anwendung findet (**RG** 56, 330; 61, 145; RJA 3, 101), kann durch das Testament vom Erblasser gestattet werden, über ein Nachlaßgrundstück durch Auflassung zu seinen Gunsten zu verfügen (vgl. KGJ 25 A 72; RJA 3, 45). Ist ein Miterbe zum Testamentsvollstrecker ernannt, so ist er, falls sich nicht aus dem Testament etwas Abweichendes ergibt, gemäß dem aus der Ernennung des Miterben

und den vom Gesetz bestimmten Befugnissen des Testamentsvollstreckers zu entnehmenden Willen des Erblassers als ermächtigt zu erachten, die zufolge Erbauseinandersetzung erforderlichen Auflassungen von Nachlaßgrundstücken nicht nur an andere Miterben, sondern auch an sich selbst vorzunehmen (RG 61, 141; OLG 4, 437; a. M. RJA 3 S. 101, 167; 4, 185).

Eine Ausnahme von dem Grundsatze der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile besteht, wenn der **eine Teil zur** (Erteilung oder Entgegennahme der) **Auflassung rechtskräftig verurteilt** ist. Die Auflassungserklärung gilt dann gemäß § 894 Abs 1 Satz 1 ZPO als mit dem Eintritte der Rechtskraft des Urteils abgegeben. Der andere Teil erlangt die Eintragung, wenn er unter Vorlegung des mit Rechtskraftzeugnis versehenen Urteils, das nun bei dieser seiner Vollziehung die Auflassungserklärung des Verurteilten so ersetzt, wie wenn letzterer anwesend wäre und die Erklärung freiwillig abgäbe, die von seiner Seite erforderliche Auflassungserklärung vor dem Grundbuchamte abgibt und den Eintragungsantrag stellt (Prot 3, 177; RG 76, 411; KGJ 44, 223; 49, 183). Ist auf Grund Kaufvertrags zur Auflassung verurteilt worden, so wird die Vollziehung des Urteils in dieser Weise nicht dadurch gehindert, daß der Verurteilte angeblich zwar erst nach der Klagerhebung, aber schon zur Zeit der Urteilsfällung geschäftsunfähig geworden war; denn der Kaufvertrag begründet nach § 433 die Verpflichtung des Verurteilten zur rechtswirksamen Auflassung, und daher ist gemäß der Klagebegründung das Urteil dahin aufzufassen, daß zur Abgabe einer rechtsgültigen Auflassungserklärung verurteilt worden ist (RG Gruch 63, 506). Wird das Urteil erst nachträglich dem Grundbuchamt eingereicht, so ist das Erfordernis der Gleichzeitigkeit und Einheitlichkeit der Auflassungserklärungen nicht gewahrt und ist daher die daraufhin doch erfolgte Eigentumseintragung unrichtig (KGJ 49, 183). — Ist die Verurteilung zur Auflassung Zug um Zug gegen eine Gegenleistung erfolgt (z. B. Verurteilung des Verkäufers Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises), so ist Beibringung einer nach §§ 726, 730 ZPO erteilten vollstreckbaren Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erforderlich, da nach § 894 Abs 1 Satz 2 erst mit Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung die Auflassungserklärung als abgegeben gilt (RG Gruch 63, 507). — Die Wirkung des Urteils, die mit seiner Vollziehung durch Vorlegung verbunden ist, hat ihre Richtung immer gerade auf die zuständige Amtsstelle, vor der die Vorlegung und die Erklärung des anderen Teiles erfolgt, gleichviel, ob die Amtsstelle das Grundbuchamt oder eine andere, nach Landesrecht (Art 143 EG) zuständige Behörde ist. — Ist im öffentlichen Interesse nach Reichsrecht oder Landesrecht eine nicht rechtsgeschäftliche Genehmigung anderer Faktoren (z. B. des Vormundschaftsgerichts, § 1821 Nr 1, 4, einer Aufsichtsbehörde, s. A 3) zur Auflassung erforderlich, so bedarf es neben dem rechtskräftigen Urteil nicht noch der Beibringung der Genehmigung, da einesteils das Erfordernis der Genehmigung nur für die freiwillige rechtsgeschäftliche Verfügung gilt und andernteils der Prozeßrichter, bevor er eine Verurteilung (z. B. des Vormundes) ausspricht, zu prüfen hat, ob eine Genehmigung erforderlich und ob sie nachgewiesen ist (str.; KGJ 31 A 293; 45, 264). Dies gilt auch dann, wenn die Verurteilung auf Grund Anerkenntnisses (§ 307 ZPO) erfolgt ist und das Prozeßgericht, da das Anerkenntnis keine reine Prozeßhandlung, sondern Verfügungsakt ist, z. B. ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts das Anerkenntnisurteil nicht hätte erlassen dürfen; denn die Rechtskraft des Urteils schließt seine sachliche Nachprüfung aus (KGJ 45, 267). — Vgl. dagegen über Prüfung der Verfügungsbefugnis des Verurteilten und Beibringung sonstiger Nachweise § 873 A 7e. — Wenn der zur Erteilung der Auflassung Verurteilte noch nicht als Eigentümer eingetragen ist, kann der andere Teil gemäß § 14 GBO die zuvorige Eintragung des Verurteilten beantragen. — Ist das Urteil auf Erteilung der Auflassung nur vorläufig vollstreckbar, so kann nach § 895 ZPO nur eine Auflassungsvormerkung eingetragen oder zur Herbeiführung der Auflassung im Wege der Zwangsvollstreckung gemäß § 887 ZPO (Ermächtigung, die Auflassung durch einen Dritten vornehmen zu lassen) vorgegangen werden (RG 55, 57). — Letzteres gilt, da § 894 ZPO nicht anwendbar ist, auch dann, wenn der Schuldner verurteilt ist, nach seiner Wahl aufzulassen oder etwas anderes zu leisten (RG 53, 84; 55, 60). — Vollstreckbare Prozeßvergleiche (§ 794 Abs 1 Nr 1 ZPO), die die Erteilung einer Auflassung zum Gegenstande haben, stehen in den Rechtsgebieten, in denen die Auflassung nur vor dem Grundbuchamt (s. A 12) erfolgen kann, den Urteilen nicht gleich; sie sind ebenfalls gemäß § 887 ZPO zu vollstrecken (RG 55, 57; RJA 11, 235). — Ist zur Zeit der Urteilsfällung das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen (Art 189 EG), so kann nach Anlegung des Grundbuchs so verfahren werden, wie wenn zu jener Zeit bereits das Grundbuch angelegt gewesen wäre; denn die Verurteilung schließt auch die Verpflichtung zur Beobachtung der nach Einführung des Grundbuchrechts zur Eigentumsübertragung erforderlichen Form in sich (RG JW 00, 607[14]). — Hinsichtlich der Vollstreckung des Urteils gegen einen anderen als den Verurteilten (z. B. einen Rechtsnachfolger, einen Nacherben, einen Erben im Verhältnisse zum Testamentsvollstrecker) s. § 873 A 7e. — Mit der Rechtskraft des Urteils gilt nicht nur zugunsten des Gläubigers, sondern auch zugunsten des Schuldners die Auflassungserklärung als von letzterem abgegeben. Daher

hat die den Gegenstand der Verurteilung bildende Leistung, die Auflassungserklärung, als vom Schuldner bewirkt zu gelten (z. B. hinsichtlich der Frage, ob dem Gläubiger Rechte nach §§ 283, 325 Abs 2 oder 326 zustehen; **RG** 76, 412). — Über den erforderlichen Inhalt des Urteils s. A 13 a. E.

12. Statt **vor dem Grundbuchamt** kann gemäß Art 143 Abs 1 EG landesrechtlich die Erklärung der Auflassung auch vor Gericht, einem Notar, einer anderen Behörde oder einem anderen Beamten zugelassen werden. Vgl. für: Preußen Art 26 AG (im bisherigen Geltungsbereiche des rheinischen Rechtes außer vor dem Grundbuchamt auch vor einem anderen Amtsgericht oder vor einem Notar; durch Gesetz über die Form der Auflassung v. 13. 5. 18 mit Geltungsdauer bis zwei Jahren nach Beendigung des Krieges ausgedehnt auf alle Grundstücke der preußischen Monarchie); Bayern Art 81 AG; Sachsen §§ 13, 20 AG; Württemberg Artt 34, 35, 38 Ges. v. 13. 8. 07. — Das Grundbuchamt im Sinne des § 925 ist diejenige Behörde, die das Grundbuch über das zu veräußernde Grundstück führt oder zu dessen Führung zuständig ist, nicht ein beliebiges Grundbuchamt. In Preußen sind nach § 1 GBO, Art 1 AG.GBO die Amtsgerichte die Grundbuchämter. Ist das betreffende amtsgerichtliche Grundbuchamt mit mehreren Richtern besetzt, so sind auch die Grundbuchrichter zuständig, denen die Führung des fraglichen Grundbuchblatts nicht besonders aufgetragen ist (str.). Vor dem Prozeßgericht aber (z. B. zur Erfüllung eines Vergleichs) kann die Auflassung nicht erfolgen, da das Prozeßgericht zu Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die vor dem Grundbuchamte vorgenommen werden müssen, in keinem Falle zuständig ist (s. A 11 Abs 2). Wenn jedoch auf Grund des Art 143 EG landesgesetzlich (wie z. B. in Sachsen, Mecklenburg-Schwerin) bestimmt ist, daß die Auflassung in Ansehung der in dem Gebiete des Bundesstaats liegenden Grundstücke außer vor dem Grundbuchamte auch vor jedem Gericht erfolgen könne, ist die in einem gerichtlichen Prozeßvergleich von beiden Beteiligten erklärte Auflassung wirksam (RJA 11, 235; 14, 319). — Wenn die Auflassung nicht vor dem Grundbuchamt oder einer landesrechtlich sonst zuständigen anderen Behörde erklärt wird, ist sie nach § 125, weil sie der gesetzlich vorgeschriebenen Form entbehrt, nichtig und geht trotz Eintragung Eigentum nicht über (str.). Daß aber die Auflassung gerade im Amtslokale des Grundbuchamts erklärt wird, ist nicht erforderlich, da auch eine Erklärung vor dem Grundbuchbeamten außerhalb der Amtsstelle eine Erklärung „vor dem Grundbuchamt" ist (str.).

13. Die **Erklärung der Auflassung** ist **von allen Beteiligten mündlich abzugeben** (OLG 3, 429; 10, 406; KGJ 33 A 192). Ausnahme für Grundstücke in deutschen Schutzgebieten: § 3 der VO v. 21. 11. 02. — Ein **bestimmter Inhalt** ist im Gesetze **nicht vorgeschrieben.** Daß das Wort „auflassen" gebraucht wird, ist nicht erforderlich (OLG 4, 311). Es genügt vielmehr, wenn sich aus den Erklärungen beider Teile die Einigung über den Eigentumsübergang ergibt (**RG** 54, 381). Daher ist es genügend: wenn der Veräußerer erklärt, daß er das Eigentum an dem Grundstücke dem Erwerber übertrage, und der Erwerber diese Erklärung annimmt; wenn beide Teile erklären, sie seien darüber einig, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen solle (RJA 3, 143); wenn der Veräußerer erklärt, er bewillige die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer, und der Erwerber seine Eintragung beantragt (**RG** 54, 382; OLG 26, 36) oder die Erklärung annimmt (OLG 4, 311). Insbesondere ist nicht etwa außer der Erklärung der Einigung über den Eigentumsübergang noch die Erklärung der Einigung über die Eintragung erforderlich, da im § 873 Abs 1 nur Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung erfordert wird (RJA 3, 145; KGJ 48, 160). Auch ist nicht erforderlich, daß der Veräußerer das Bewußtsein hat, Eigentümer zu sein; maßgebend ist vielmehr seine Erklärung der Eigentumsübertragung (OLG 26, 35). Ferner ist auch nach formellem Grundbuchrecht nicht Voraussetzung für die Vornahme der Eintragung, daß eine ausdrückliche Bewilligung der Eintragung erklärt ist; denn § 19 GBO (Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten) kommt auf Auflassungen nicht zur Anwendung, sondern maßgebend ist § 20 GBO, wonach Erklärung der „erforderlichen Einigung", also der Einigung über den Eigentumsübergang, genügt (RJA 3, 145; KGJ 48, 146; s. auch § 873 A 7d; vgl. aber für den Fall des Fehlens jeder Erklärung des Erwerbers in der Auflassungsurkunde OLG 26, 34). Formellrechtlich bedarf es weiter eines (formlosen, § 30 GBO; **RG**St 49, 186) Eintragungsantrags gemäß § 13 GBO (OLG 11, 158; KGJ 43, 203). Jedoch wird ein solcher (sog. prozessualer) Antrag regelmäßig in den Einigungserklärungen schon mit enthalten sein, sofern nicht die Auflassung vor einer anderen Behörde als dem Grundbuchamt (Art 143 EG) erklärt ist (**RG** 54, 383; 84, 236; RJA 3, 144) oder die Beteiligten aus bestimmten Gründen trotz der Auflassung sich die Stellung des Eintragungsantrags vorbehalten (KGJ 43, 203 [OLG 26, 35]; über die Zulässigkeit solchen Vorbehalts trotz der Bestimmung des § 925 Abs 2 vgl. A 14). — **Auf die Reihenfolge der Erklärungen kommt es nicht an;** die Auflassungserklärung des Veräußerers braucht der des Erwerbers nicht vorauszugehen. Wird die Auflassung zusammen mit dem Grundrechtsgeschäft in einer Urkunde (z. B. vor dem Notar, Art 143 EG) aufgenommen, so ist eine räumliche Trennung der ersteren von letzterem nicht erforderlich. — Da die Einigungserklärungen mündlich abzugeben sind und die

Aufnahme eines Protokolls darüber zur Gültigkeit nicht vorgeschrieben ist, sind die **Erklärungen auch dann rechtswirksam, wenn eine Protokollaufnahme unterblieben** ist. Die Auflassung hat gegenüber der nach § 873 Abs 1 erforderlichen Einigung nur die Besonderheit, daß sie bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile von diesen in Gegenwart des Grundbuchbeamten erklärt werden muß, nicht auch die fernere Besonderheit, daß sie erst dann rechtsgültig wird, wenn ihre Aufnahme zum Protokoll erfolgt ist. Wenn allerdings in den §§ 1434, 1750, 1770, 2276, 2290 vorgeschrieben ist, daß die dort bezeichneten Verträge „vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen" werden müssen, und zwar ebenfalls bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile, so bedeutet dies nach dem Sprachgebrauch des BGB, daß der Vertragsschluß gerichtlich oder notariell beurkundet, also gemäß §§ 168, 175 ff. FGG zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll aufgenommen werden muß. Aber aus den Worten „Einigung vor dem Grundbuchamt erklärt" ist nicht zu entnehmen, daß die Erklärung der Auflassung zu Protokoll abzugeben ist, um gültig zu sein (vgl. Prot 3, 176). Die Frage ist streitig (formgerechte Beurkundung gemäß §§ 168 ff. FGG als Voraussetzung der Wirksamkeit der Auflassung ist angenommen von **RG** [54, 195; vollständiger] in RJA 5, 103; KGJ 35 A 255; OLG 25, 371 und neuerdings mit ausführlicher Begründung von KGJ 51, 142, wo auf Grund der Entstehungsgeschichte des § 925 und der vorbezeichneten Paragraphen darzutun gesucht wird, daß die Auflassung jenen Verträgen gleichzustellen und unter „vor dem Grundbuchamt erklärt" zu verstehen sei, „vor dem Grundbuchamt zu Protokoll erklärt", und wo in dem betreffenden Falle die Auflassung deshalb für nichtig erklärt wird, weil der Grundbuchrichter unterlassen hatte, das Protokoll zu unterzeichnen; die Entstehungsgeschichte ergibt jedoch das Angenommene keineswegs so klar, daß sie gegenüber dem Wortlaut des § 925 für maßgebend angesehen werden könnte), aber wenig praktisch, da nach § 29 GBO der Grundbuchrichter die Eintragung des Eigentumsübergangs nur vornehmen darf, wenn die Auflassungserklärungen vor ihm zu Protokoll gegeben sind oder, sofern die Auflassung vor einem Notar oder einer anderen Behörde (Art 143 EG) erfolgt ist, ihm in der im § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebenen Form nachgewiesen werden (KGJ 35 A 256). — Wird die **Auflassungserklärung** des Veräußerers oder des Erwerbers (**RG** 76, 411; KGJ 31 A 294) **durch rechtskräftiges Urteil** gemäß § 894 Abs 1 Satz 1 ZPO **ersetzt** (s. A 11), so muß das Urteil seinem Inhalte nach den bei Vornahme der Auflassung vor dem Grundbuchamte zu stellenden Anforderungen (s. oben) entsprechen (**RG** 76, 412). Jedoch braucht nicht notwendig die Verurteilung zur Auflassung bzw. Entgegennahme der Auflassung im Urteil ausgesprochen zu sein. Es genügt ein Ausspruch, aus dem die Verurteilung zur Abgabe einer auf Eigentumsübertragung gerichteten Erklärung zu entnehmen ist, z. B. die Verurteilung des Eigentümers zur Bewilligung der Eintragung des anderen Teiles als Eigentümers (vgl. **RG** 54, 382; jedoch auch RJA 2, 48). Eine Verurteilung Zug um Zug gegen Auflassung umfaßt den ganzen Vorgang nach §§ 873, 925, also Auflassung im gesetzlichen Sinne und Eintragung (**RG** 84, 236). Sind mehrere Erwerber zur Entgegennahme der Auflassung verurteilt, so muß mit Rücksicht auf § 48 GBO und auf die Verschiedenheit der möglichen Miteigentumsarten (z. B. Miteigentum zu gesamter Hand, Miteigentum nach Bruchteilen) das zwischen den Erwerbern zu begründende Miteigentumsverhältnis bestimmt bezeichnet sein (**RG** 76, 412).

14. Die dingliche Einigung (§ 873 Abs 1) kann auch eine bedingte oder betagte sein. Hiervon enthält Abs 2 eine Ausnahme für die Übertragung des Eigentums an Grundstücken. **Erfolgt die Auflassung unter einer** aufschiebenden oder auflösenden **Bedingung oder unter einer Zeitbestimmung,** sei es für einen Anfangstermin, sei es für einen Endtermin, so hat der Grundbuchrichter die Eintragung wegen Nichtigkeit der Auflassung abzulehnen. Die dennoch bewirkte Eintragung überträgt Eigentum nicht. Auch wenn im Falle einer aufschiebenden Bedingung (z. B. schenkweise Auflassung an Brautleute unter der Bedingung des Eheschlusses) demnächst die Bedingung eintritt, wird die Auflassung, da sie rechtlich nicht existiert, nicht wirksam (OLG 5, 251; auch 14, 79; KGJ 36 A 198). Soll daher nach dem Grundrechtsgeschäfte das Eigentum für den Veräußerer bis zum Eintritt einer Bedingung oder eines Anfangstermins (z. B. bis zur Bezahlung des Kaufpreises) vorbehalten sein, so muß die Auflassung zunächst unterbleiben; und soll das Eigentum unter einer auflösenden Bedingung oder bis zu einem Endtermin übertragen werden, so kann nur eine unbedingte bzw. unbetagte Auflassung mit der Folge unbeschränkter Eigentumsübertragung für den Erwerber erteilt werden. Der bedingte oder betagte Anspruch auf Erwerb bzw. Rückübertragung des Eigentums kann nur durch Vormerkung (§§ 883—888) gesichert werden, die insbesondere die Wirkung hat, daß im Falle des Eintritts der Bedingung oder des Zeitpunkts die seit der Eintragung der Vormerkung von dem als Eigentümer Eingetragenen getroffenen Verfügungen gemäß § 883 Abs 2 unwirksam sind und der Erwerber bzw. der Veräußerer von dem durch die Verfügung Begünstigten nach § 888 die Löschung des für ihn eingetragenen Rechtes verlangen kann. — **Jedoch bezieht sich Abs 2** nur auf rechtsgeschäftliche Bedingungen im Sinne des § 158, **nicht auf Rechtsbedingungen,** d. i. gesetzliche Voraussetzungen der gewollten Eigentumsübertragung. Daher ist z. B. eine Auflassung

zulässig unter der Bedingung: daß der auflassende Nichteigentümer demnächst als Eigentümer werde eingetragen werden (OLG 2, 1; 5, 419); daß die Auflassung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht oder eines Nichtberechtigten vom Vertretenen bzw. Berechtigten werde genehmigt werden (RJA 2, 85; 2, 251; auch 3, 263); daß der auflassende Vormund oder Vater die erforderliche (§§ 1821 Nr 1, 1643) Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu der Auflassung erhalten werde (vgl. RJA 7, 131); daß die Aktiengesellschaft, an die der ein Grundstück einbringende Gründer aufläßt, zur Entstehung gelangen werde (OLG 6, 486). Wenn aber die Auflassenden die Wirksamkeit ihrer Erklärungen rechtsgeschäftlich von dem Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzung (z. B. der Genehmigung des Berechtigten) abhängig machen, so ist die Auflassung unter einer aufschiebenden Bedingung im Sinne des § 158 erfolgt und daher unwirksam (KGJ 36 A 198). Ferner ist, wenn ein Kaufvertrag und zugleich die Auflassung vor einem Notar (s. A 12) erklärt, am Schlusse des notariellen Protokolls aber bestimmt ist, daß der Vertrag mit dem Eintritt einer bestimmten Bedingung als nicht geschlossen gelten solle, anzunehmen, daß auch die Auflassung von der Bedingung betroffen und deshalb unwirksam ist (OLG 26, 35). Zulässig dagegen ist eine Auflassung: unter dem Vorbehalt, daß die Eigentumseintragung nur gleichzeitig mit einer anderen Eintragung (z. B. einer Kaufgeldhypothek) erfolgen soll (vgl. KGJ 43, 200); unter Übernahme der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Ordnung der Hypothekenverhältnisse und demnächstiger Rückübertragung (OLG 18, 200).

§ 926

Sind der Veräußerer und der Erwerber darüber einig[1]), daß sich die Veräußerung auf das Zubehör des Grundstücks erstrecken soll, so erlangt der Erwerber mit dem Eigentum an dem Grundstück[2]) auch das Eigentum an den zur Zeit des Erwerbes vorhandenen Zubehörstücken[3]), soweit sie dem Veräußerer gehören[4]). Im Zweifel ist anzunehmen, daß sich die Veräußerung auf das Zubehör erstrecken soll[5]).

Erlangt der Erwerber auf Grund der Veräußerung[6]) den Besitz[7]) von Zubehörstücken, die dem Veräußerer nicht gehören oder mit Rechten Dritter belastet sind[8]), so finden die Vorschriften der §§ 932 bis 936 Anwendung; für den guten Glauben des Erwerbers ist die Zeit der Erlangung des Besitzes[9]) maßgebend[10]).

E II 839; P 3 178 ff., 216 ff.

1. Die **Einigung** über die Erstreckung der Veräußerung auf das Zubehör genügt für sich allein. Eine Übergabe gemäß §§ 929—931 ist hier nicht erforderlich. Der Grund für diese Ausnahme ist die wirtschaftliche Einheit, die ein Grundstück und sein Zubehör bilden (Prot 3, 180).

2. Da das **Eigentum an dem Grundstück** durch Auflassung und Eintragung erworben wird (§§ 873, 925), geht das Eigentum an dem Zubehör erst beim Vorliegen beider Tatsachen über (vgl. RG 83, 68). Erfolgt eine rechtsgültige Auflassung ausnahmsweise erst nach der Eigentumseintragung, so ist der Zeitpunkt der Auflassung maßgebend. — Auf den Zeitpunkt der Einräumung des Besitzes an dem Grundstück und dem Zubehör kommt es nicht an. Wird in der Zwischenzeit bis zu der etwa hinausgeschobenen Übergabe eine Pfändung des Zubehörs gegen den Veräußerer ausgebracht oder von diesem selbst über das Zubehör noch verfügt, so berührt dies den Erwerber nicht (Prot 3, 179). — Dagegen sind Pfändungen oder sonstige Belastungen des Zubehörs in der Zwischenzeit zwischen der Auflassung und der Eintragung dem Erwerber gegenüber wirksam, da der Veräußerer zu dieser Zeit noch Eigentümer des Grundstücks und daher auch noch Eigentümer des Zubehörs ist. Jedoch Verfügungsbeschränkungen, die während der letzteren Zwischenzeit in der Person des Veräußerers eintreten, hindern gemäß § 878 den Übergang des Eigentums an dem Zubehör nicht. Daher kann der Erwerber, wenn innerhalb dieser Zeit der Konkurs über das Vermögen des Veräußerers eröffnet wird, Aussonderung des Zubehörs beanspruchen (§§ 15, 43 KO). — Ist das Grundstück nebst Zubehör vom Veräußerer vor der Auflassung übergeben, so erlangt der Erwerber, auch wenn der Übereignungswille der Beteiligten Grundstück und Zubehör zusammen umfaßt, vor der Auflassung nicht Eigentum an dem Zubehör, es sei denn, daß über den sofortigen Eigentumsübergang eine besondere Einigung im Sinne des § 929 vorliegt (RG Gruch 48, 1064; 28. 1. 04 V 313/03; 6. 2. 04 V 334/03; auch OLG 34, 177).

3. **Die Zubehörstücke** (§§ 97, 98) brauchen nur überhaupt **vorhanden** zu sein. Daß sie sich im Besitze des Veräußerers befinden, ist nicht erforderlich (Prot 3, 180). Ist ein Dritter im Besitze, so bedarf es nicht der Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931). — Jedoch müssen die Gegenstände **zur Zeit des Erwerbs,** also im Augenblicke der Eintragung

auf Grund Auflassung, **Zubehör** sein. Haben sie in der Zeit von Abschluß des Veräußerungsvertrags bis zur Auflassung oder auch nur in der Zwischenzeit zwischen Auflassung und Eintragung aufgehört, Zubehör zu sein (z. B. dadurch, daß ein Dritter auf Grund früheren Kaufes sie vom Grundstück weggeholt hatte), so geht das Eigentum an ihnen nicht über (vgl. OLG 34, 177). Vorübergehende Trennung von dem Grundstücke hebt nach § 97 Abs 2 die Zubehöreigenschaft nicht auf. — Es ist aber wirkliche Zubehöreigenschaft erforderlich. Auf das, was nicht Zubehör ist, erstreckt sich der Erwerb auch dann nicht, wenn es der Erwerber für Zubehör gehalten hat (OLG 14, 96). Über den Fall, daß von zwei bisher einem Eigentümer gehörenden Grundstücken, zu denen gemeinschaftliches Zubehör gehörte, eines veräußert wird, vgl. § 97 A 5. — Die Bestandteile (§§ 93ff.) umfaßt der Eigentumsübergang an dem Grundstücke von selbst ohne besondere Einigung, ausgenommen, wenn es sich um nicht wesentliche Bestandteile handelt, die dem Veräußerer nicht gehören.

4. **Gehören sie dem Veräußerer** zwar zur Zeit der Auflassung, aber zufolge anderweiter Veräußerung oder aus sonst einem Grunde nicht mehr zur Zeit der Eintragung, so findet ein Eigentumsübergang nach Abs 1 nicht statt (s. A 2), vielmehr kann ein Eigentumserwerb nur gemäß Abs 2 erfolgen.

5. Satz 2 gibt für das dingliche Rechtsgeschäft eine **Auslegungsregel,** die der im § 314 für das schuldrechtliche Rechtsgeschäft gegebenen entspricht. Die danach begründete Vermutung für die Einigung über die Mitveräußerung (s. A 1) muß derjenige, der den Eigentumsübergang bezüglich einzelner Zubehörstücke leugnet, durch den Nachweis widerlegen, daß der Übereignungswille, sei es auch nur eines Vertragsteils, sich auf das Zubehörstück nicht bezogen hat (Prot 3, 179). — Dagegen muß der Erwerber allerdings, wenn er nicht im Besitze der Sache ist, seinerseits beweisen, daß zur Zeit der Veräußerung (s. A 2) die Sache als Zubehör vorhanden gewesen ist und dem Veräußerer gehört hat. — Die Auslegungsregel gilt dann nicht, wenn das Zubehör nicht als Nebensache des Grundstücks, sondern als selbständiger Kaufgegenstand, wenn auch in demselben Vertrage, veräußert wird, da dann nicht ohne weiteres angenommen werden kann, daß das Eigentum am Grundstück und Zubehör gleichzeitig übertragen werden soll (**RG** Warn 09 Nr 541).

6. Aus dem Zusammenhalte mit Abs 1 ergibt sich, daß auch im Abs 2 eine **Einigung über die Mitveräußerung** des Zubehörs (s. A 1) vorausgesetzt wird. Sie ist aber nach Abs 1 Satz 2 auch hier im Zweifel anzunehmen (vgl. OLG. 34, 177). — Wenn der Veräußerungswille sich auf Zubehörstücke, die dem Veräußerer nicht gehören, nicht erstreckt, erlangt der Grundstückserwerber an diesen Sachen auch dann nicht Eigentum, wenn er in gutem Glauben ist; letzterer macht nur den Mangel des Eigentumsrechts des Veräußerers unschädlich.

7. Der **Besitz,** der auf **Grund** der Veräußerung, also von seiten des Veräußerers, **erlangt** wird, ist der nach §§ 929ff. zum Eigentumserwerb führende, also Besitz zufolge körperlicher Übergabe (§ 929 Satz 1, § 854 Abs 1), Vereinbarung eines den mittelbaren Besitz des Erwerbers begründenden Rechtsverhältnisses (§§ 930, 868), Abtretung des Herausgabeanspruchs (§§ 931, 870, 871). Es genügt auch die Einigung (s. A 6) allein, wenn der Erwerber im Besitze des Zubehörstücks ist (§ 929 Satz 2, § 854 Abs 2).

8. Die **Rechte Dritter** (z. B. Nießbrauch, Pfandrecht), die an einem Zubehörstücke bestehen, erlöschen (vorausgesetzt, daß der Erwerber hinsichtlich ihres Nichtbestehens in gutem Glauben ist) gemäß § 936 Abs 1, wenn das Zubehörstück nicht Eigentum des Veräußerers ist, in dem Zeitpunkt, in dem der Grundstückserwerber gemäß Abs 2 in Verbindung mit §§ 932 bis 934 das Eigentum an dem Zubehörstück erwirbt (vgl. A 9). Gehört das Zubehörstück dem Veräußerer und geht es daher nach Abs 1 zufolge der Einigung, also im Zweifel zufolge der Auflassung, allein ohne Übergabe (s. A 1, 5) in das Eigentum des Erwerbers über, so ist, da Abs 2 auch für diesen Fall die Erlangung des Besitzes als Voraussetzung für die Anwendung des § 936 bestimmt, aus Abs 2 in Verbindung mit § 936 Abs 1 Satz 1 (die Sätze 2, 3 kommen hier, weil Eigentum ohne Übergabe erworben wird, nicht in Betracht) zu entnehmen, daß die Rechte Dritter in dem Zeitpunkte erlöschen, in dem der Erwerber den Besitz (s. A 7) an dem Zubehörstück erlangt.

9. Der Grundstückserwerber erwirbt also an Zubehörstücken, die dem Veräußerer nicht gehören, das Eigentum nicht, wenn er **zur Zeit der Besitzerlangung** nicht **in gutem Glauben** (§ 932 Abs 2) ist. Auf den guten Glauben zur Zeit der Auflassung kommt es in der Regel nicht an. Ist aber der Erwerber im Besitze der Sache und hatte er den Besitz vom Veräußerer (früher) erlangt, so erwirbt er das Eigentum an der Sache gemäß § 929 Satz 2, § 932 Abs 1 Satz 2, wenn er zur Zeit der Einigung über den Eigentumsübergang, also im Zweifel zur Zeit der Auflassung (s. A 6), in gutem Glauben ist (Prot 3, 210). In den Fällen des Ersatzes der Übergabe gemäß §§ 930, 931 (s. A 7) wird der Zeitpunkt, in dem der gute Glaube vorhanden sein muß, durch die §§ 933, 934 bestimmt. — Auch für das Erlöschen der Rechte Dritter (s. A 8) sind diese Zeitpunkte maßgebend. Die Rechte erlöschen gemäß § 936 Abs 2, § 932 Abs 2 nicht, wenn dem Erwerber in diesen Zeitpunkten die Rechte bekannt oder nur aus grober Fahrlässigkeit unbekannt sind. — Ist ein dem Veräußerer nicht gehöriges Zubehörstück dem

Eigentümer gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen, so wird der gute Glaube des Erwerbers nicht geschützt (§ 935).

10. Nach § 1031 findet § 926 auch auf die Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstücke Anwendung. — Über den Erwerb des Zubehörs im Falle der Zwangsversteigerung vgl. §§ 55, 65, 90 ZVG; RG 45, 284; 49, 253.

§ 927

Der Eigentümer eines Grundstücks[1]) kann, wenn das Grundstück seit dreißig Jahren im Eigenbesitz[2]) eines anderen ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden[3]). Die Besitzzeit wird in gleicher Weise berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache[4]). Ist der Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so ist das Aufgebotsverfahren nur zulässig, wenn er gestorben oder verschollen[5]) ist und eine Eintragung in das Grundbuch, die der Zustimmung des Eigentümers bedurfte[6]), seit dreißig Jahren nicht erfolgt ist[7]).

Derjenige, welcher das Ausschlußurteil[8]) erwirkt hat, erlangt das Eigentum dadurch, daß er sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen läßt[9]).

Ist vor der Erlassung des Ausschlußurteils ein Dritter als Eigentümer oder wegen des Eigentums eines Dritten ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen worden, so wirkt das Urteil nicht gegen den Dritten[10]).

E I 873 II 840; M 3 327 ff.; P 3 190 ff.; 6 232.

1. Gleichviel, ob das **Grundstück** ein gebuchtes oder ungebuchtes und ob der **Eigentümer** im Grundbuche eingetragen ist oder nicht. Nur besondere Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens werden im Abs 1 Satz 3 erfordert, wenn der Eigentümer eingetragen ist (RG 76, 358). Nicht eingetragen kann der Eigentümer z. B. sein, wenn zwar das Grundbuch für den betreffenden Bezirk als angelegt anzusehen ist (andernfalls kommen gemäß Art 189 EG die bisherigen Gesetze, nicht § 927 zur Anwendung), aber das Grundstück aus Versehen ein Grundbuchblatt nicht erhalten hat oder wenn das Grundstück ein buchungsfreies ist (§ 90 GBO; Art 127 EG) oder im Falle des § 928 der Fiskus sich noch nicht als Eigentümer des aufgegebenen Grundstücks hat eintragen lassen. Ist der eingetragene Eigentümer verstorben (Satz 3), so richtet sich das Aufgebotsverfahren gegen seine (nicht eingetragenen) Rechtsnachfolger (RG 76, 358).

2. Eigenbesitzer ist, wer das Grundstück als ihm gehörend besitzt (§ 872). Auch mittelbarer Besitz (§ 868) genügt (RG Gruch 44, 865). Ein Fall so langjährigen Eigenbesitzes ohne Eigentumserwerb wird hauptsächlich dann vorkommen können, wenn das Grundstück gekauft und übergeben, die Auflassung aber unterblieben ist, demnächst der eingetragene Eigentümer stirbt und seine Erben unbekannt sind (M 3, 329). Durch das Aufgebot soll Ersatz für die auf dem Gebiete des Liegenschaftsrechts, abgesehen von dem Falle des § 900 (Tabularersitzung), unzulässige Ersitzung geschaffen werden. Jedoch ist hier ein Erwerbstitel und guter Glaube nicht erforderlich (RG Gruch 44, 865; V 416/03). Lediglich die Tatsache 30jährigen Eigenbesitzes genügt (abgesehen von den Erfordernissen des Abs 1 Satz 3, wenn der Eigentümer eingetragen ist). — Hat der bisherige Eigenbesitzer das Grundstück verkauft und dem Käufer übergeben und ist in dem Vertrage bestimmt, daß die Fälligkeit eines Teiles des Kaufpreises von der Durchführung des Aufgebotsverfahrens abhängig sein soll, so ist hierin, da nur der Käufer als jetziger Eigenbesitzer zur Stellung des Aufgebotsantrags berechtigt ist (A 3), die Festsetzung der Verpflichtung des Käufers zur Durchführung des Aufgebotsverfahrens zu finden (RG Warn 1917 Nr 271).

3. Das **Aufgebotsverfahren** ist in den §§ 946—959, 977—981 ZPO geregelt (für Preußen vgl. auch § 8 PrAG.ZPO in der Fass. v. 6. 10. 99). Antragsberechtigt ist der Eigenbesitzer. Er hat die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen glaubhaft zu machen. In dem Aufgebot ist der bisherige Eigentümer aufzufordern, sein Recht spätestens im Aufgebotstermine anzumelden, widrigenfalls seine Ausschließung erfolgen werde (§§ 979—981 ZPO).

4. Für die **Berechnung der Besitzzeit** sind die §§ 938—944 maßgebend. Insbesondere wird auch die Besitzzeit eines Rechtsvorgängers angerechnet (§ 843). — Die vor dem Inkrafttreten des BGB liegende Besitzzeit ist ebenfalls anzurechnen. Auch hinsichtlich dieser Besitzzeit ist guter Glaube des Eigenbesitzers oder seines Rechtsvorgängers (s. A 2) nicht erforderlich (RG Gruch 44, 865; V 416/03).

5. Zum Nachweise des **Todes** des eingetragenen Eigentümers genügt, daß er für tot erklärt ist (§ 18). Da nach §§ 13ff. jemand **verschollen** sein kann, ohne daß die Voraussetzungen für seine Todeserklärung vorliegen, sind zur Annahme der Verschollenheit diese Voraussetzungen nicht zu erfordern. Vielmehr ist der Eigentümer dann verschollen, wenn von seinem Leben und Aufenthalt nichts zu vernehmen ist (str.).

6. Die Fälle, in denen eine Eintragung der **Zustimmung** des Eigentümers bedarf, ergeben sich aus den §§ 19, 20, 22 Abs 2, 27 GBO. Insbesondere gehört dazu auch eine Eigentumseintragung auf Grund Auflassung (§ 20 GBO).

7. D. i. **innerhalb der letzten 30 Jahre** bis zur Stellung des Aufgebotsantrags darf **keine Eintragung** der fraglichen Art erfolgt sein. Ob die Eintragung, die, innerhalb dieser Zeit geschehen, das Aufgebotsverfahren hindert, der Zustimmung des gegenwärtigen oder eines etwaigen früheren Eigentümers bedurfte, darauf kommt es nicht an. Unter **Eigentümer** ist der jeweilige Eigentümer zur Zeit der hindernden Eintragung zu verstehen (str.). — Wieviel Zeit seit dem Tode oder der Verschollenheit des eingetragenen Eigentümers verflossen, ist gleichgültig.

8. Mit der Erlassung des (nach § 957 Abs 1 ZPO mit einem Rechtsmittel nicht anfechtbaren) **Ausschlußurteils** werden (sofern nicht das Urteil etwas anderes ergibt, z. B. lediglich der verschollene eingetragene Eigentümer ausgeschlossen ist; **RG** 76, 360; KGJ 33 A 210) die Rechte eines jeden vernichtet, der als bisheriger Eigentümer in Betracht kommt (**RG** 76, 359; KGJ 33 A 211). Das Grundstück wird *herrenlos* (**RG** 76, 359; JW 1913, 204[16]; KGJ 33 A 212). Diese rechtsvernichtende Wirkung erstreckt sich auch auf ein etwaiges Eigentum desjenigen, der das Aufgebot beantragt und das Ausschlußurteil erwirkt hat (**RG** 76, 359). Jedoch hat er das Recht *der Aneignung* durch Erwirkung seiner Eintragung (M 3, 330; **RG** 76, 360). — Dies gilt aber nur, wenn das Ausschlußurteil ein *vorbehaltloses* ist. Hat jemand im Aufgebotsverfahren Rechte als Eigentümer angemeldet und sind ihm gemäß § 953 ZPO die Rechte in dem Urteil vorbehalten, so tritt, da der Anmeldende nicht, also nicht sämtliche Eigentümer ausgeschlossen sind, die genannte Wirkung des Urteils nicht ein. Vielmehr muß der Vorbehalt zugunsten des Anmeldenden rechtswirksam beseitigt sein, insbesondere durch einen Verzicht des Anmeldenden auf das Recht aus dem Vorbehalt oder durch seine rechtskräftige Verurteilung zur Verzichtserklärung, ehe der Ausschließungsberechtigte sich als Eigentümer eintragen lassen kann (**RG** 67, 95; 76, 359; RJA 6, 145; KGJ 33 A 210). Dagegen hindert ein wegen des angeblichen Eigentums eines Dritten eingetragener *Widerspruch* gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (§§ 894, 899) die Eigentumseintragung auf Grund eines vorbehaltlosen Ausschlußurteils nicht (KGJ 33 A 212). — Die *Belastungen* des Grundstücks zugunsten Dritter bleiben unberührt. Sie können nach der Eintragung des Aneignungsberechtigten ebenso geltend gemacht werden wie vorher gegen den bisherigen Eigentümer. — Ist derjenige, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, als *Vorerbe* selbst Eigentümer des Grundstücks, so fällt mit seinem Eigentum (s. oben) auch das Recht der Nacherben an dem Grundstück, wenn ihnen nicht auf ihre Anmeldung ihr Recht im Urteil vorbehalten ist (**RG** 76, 359). Auch dadurch, daß auf Grund des Urteils die Eigentumseintragung für den Vorerben erfolgt, erlangt das Nacherbenrecht nicht wieder Wirksamkeit, da dieser Eigentumserwerb für den Vorerben ein ursprünglicher, nicht ein abgeleiteter ist (**RG** 76, 360). — Aus dieser Ursprünglichkeit des Erwerbs folgt ferner, daß er erst von dem Zeitpunkte seiner Vollendung d. i. der Eintragung an, *nicht aber für die Vergangenheit wirkt* (**RG** JW 1913, 204[16]; vgl. auch **RG** 83, 148). Wenn daher der den unbekannten Eigentümern des Grundstücks bestellte Pfleger einen Rechtsstreit führt (z. B. über Entschädigungsansprüche wegen Enteignung des Grundstücks), tritt derjenige, der sich auf Grund des Ausschlußurteils als Eigentümer hat eintragen lassen, nicht ohne weiteres als Partei in den Rechtsstreit ein, weder von dem Gesichtspunkt aus, daß er der Eigentümer sei, für den der Rechtsstreit von Anfang an geführt worden, noch von dem, daß er Rechtsnachfolger der Partei im Sinne des § 265 Abs 2 ZPO sei (**RG** JW 1913, 204[16]).

9. Der unter Einreichung einer Ausfertigung des Ausschlußurteils beim Grundbuchamte zu stellende **Antrag auf Eintragung** ist nicht lediglich ein Verfahrensantrag im Sinne des § 13 GBO, durch den das Verfahren der Eintragung angeregt wird. Vielmehr ist darin die empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung des Willens enthalten, durch die Eintragung das Eigentum zu erwerben. Er ist daher unwiderruflich (§ 130 Abs 1, 2) und bedarf zwar nicht zur Wirksamkeit, aber behufs Vornahme der Eintragung formellrechtlich nach § 30 GBO der Form des § 29 GBO (str.).

10. Gemeint ist die Eintragung des Eigentums oder eines Widerspruchs (§ 899) zugunsten eines Dritten in der **Zwischenzeit** von der Einleitung des Aufgebotsverfahrens bis zur Erlassung des Ausschlußurteils. Der Aneignungsberechtigte muß im Falle der Eintragung des Dritten als Eigentümer die nach § 891 Abs 1 für das Eigentum des Dritten streitende Vermutung im ordentlichen Prozesse widerlegen, wenn er zur Eintragung gelangen will, während der Widerspruch zwar seine Eintragung nicht hindert, er aber weichen muß, wenn der Dritte im Prozesse sein Eigentum nachweist (M 3, 331).

§ 928

Das Eigentum an einem Grundstücke[1]) kann dadurch aufgegeben werden[2]), daß der Eigentümer[3]) den Verzicht dem Grundbuchamte gegenüber erklärt[4]) und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird[5]).

Das Recht zur Aneignung des aufgegebenen Grundstücks steht dem Fiskus des Bundesstaats zu, in dessen Gebiete das Grundstück liegt[6]). Der Fiskus erwirbt das Eigentum dadurch, daß er sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen läßt[7]).

E I 872 II 841; M 3 324 ff.; P 3 184 ff.

1. Nach Art 127 EG, der nur die Eigentumsübertragung den Landesgesetzen vorbehält, auch buchungsfreie **Grundstücke** (§ 90 GBO). Da jedoch § 928 Eintragung des Verzichts fordert, müssen solche Grundstücke zunächst gebucht werden. Ist das Grundbuch für den Bezirk, in dem das Grundstück liegt, noch nicht als angelegt anzusehen, so finden gemäß Art 189 EG bezüglich des Aufgebens die bisherigen Vorschriften Anwendung. — Mit dem Grundstücke werden auch dessen Bestandteile (§§ 93 ff.) aufgegeben, ausgenommen diejenigen nicht wesentlichen, die dem Aufgebenden nicht gehören. Zubehör dagegen wird nach § 959 nur dadurch herrenlos, daß der Eigentümer der Sachen als solcher den Besitz daran aufgibt; eine dem § 926 gleiche Vorschrift ist hier nicht gegeben. — Der Anteil eines Miteigentümers an einem Grundstücke steht einem Grundstücke gleich (vgl. §§ 1095, 1106, 1114), also auch hinsichtlich des Aufgebens. Dagegen findet § 928 auf Erbbaurechte und die (den Landesgesetzen vorbehaltenen) selbständigen Gerechtigkeiten (vgl. Artt 63, 68, 196 EG) keine Anwendung. Diese Rechte werden durch Verzicht nicht herrenlos und aneignungsfähig, sondern sie gehen in der Weise unter, daß das Eigentum am Grundstücke, das sie bisher beschränkten, davon frei wird [Konsolidation] (VO v. 15. 1. 19 § 11, RJA 8, 278). Hinsichtlich des Bergwerkseigentums vgl. §§ 161, 162 PrBergG.

2. Zum **Aufgeben** (Dereliktion) **eines Grundstücks** wird ein Anlaß z. B. gegeben sein, wenn das Grundstück infolge von Krieg oder naturgewaltigen Ereignissen so entwertet ist, daß es keinen oder wenigstens nicht einen die Lasten deckenden Ertrag abwirft (M 3, 325). — Die Wirkung des Aufgebens ist, daß das Grundstück herrenlos wird mit der Maßgabe, daß nur bestimmte Personen (s. A 6) nach dem Gesetz zur Aneignung berechtigt sind (**RG** 82, 74). Die Rechte Dritter am Grundstücke (z. B. der Hypothekengläubiger, der Reallastberechtigten, der Vormerkungsberechtigten [die hier, besonders im Falle einer Auflassungsvormerkung, einem dinglich Berechtigten gleichzustellen sind, KGJ 51, 195], auch des wahren, nicht eingetragenen Eigentümers) werden durch das Aufgeben nicht berührt (**RG** 82, 74). Wollen sie in der Zwischenzeit bis zum Erwerbe des Grundstücks durch den Aneignungsberechtigten ihre Rechte, die sie nun nicht mehr gegen den Aufgebenden verfolgen können (**RG** 89, 367), im Wege der Klage oder der Zwangsvollstreckung geltend machen, so ist auf ihren Antrag nach Maßgabe der §§ 58, 787 ZPO ein Eigentums-Vertreter zu bestellen, dem die Wahrnehmung der sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte und Verpflichtungen im Rechtsstreite bzw. im Zwangsvollstreckungsverfahren obliegt (KGJ 50, 52; 51, 195; bezüglich Einleitung der Zwangsverwaltung vgl. A 7). Gegenüber der Sondervorschrift des § 787 ZPO findet die Bestimmung des § 17 ZVG, wonach die Zwangsversteigerung nur angeordnet werden darf, wenn der Schuldner als Eigentümer eingetragen ist, keine Anwendung. Im Falle der Geltendmachung eines durch eine eingetragene Vormerkung gesicherten, gegen den früheren Eigentümer begründeten Anspruchs auf Auflassung an den Vormerkungsberechtigten oder einen von diesem zu benennenden Dritten gegen den gemäß § 58 ZPO bestellten Vertreter nach der Richtung, daß dieser zu der von dem Vormerkungsberechtigten für den Schuldner (§ 267) erteilten oder noch zu erteilenden Auflassung an einen Dritten gemäß § 888 seine Zustimmung erteile, ist der Vertreter, da er befugt sein soll, die sich aus dem Eigentum ergebenden Verpflichtungen zu erfüllen, wiewohl bis zur Eintragung des Aneignungsberechtigten (s. A 6, 7) ein Eigentum in Wirklichkeit nicht vorhanden ist, er also insoweit das Grundstück wie ein Eigentümer vertritt, auch als ermächtigt anzusehen, die Zustimmung zu der Auflassung an den Dritten zu erteilen, so daß seine rechtskräftige Verurteilung zur Bewilligung der Eintragung des Eigentums des Dritten an dem Grundstück (§ 894 ZPO) die Erteilung der Zustimmung durch den (in Wirklichkeit nicht vorhandenen) Eigentümer ersetzt (vgl. KGJ 51, 917). — Persönliche Rechte Dritter auf Übertragung des Eigentums oder Bestellung eines dinglichen Rechtes bleiben gegen den Aufgebenden bestehen, verwandeln sich aber wegen nunmehriger Unmöglichkeit der Erfüllung in Schadensersatzansprüche.

3. Der **Eigentümer** muß, da eine Verfügung in dem Aufgeben enthalten ist, zur Verfügung über das Grundstück berechtigt sein (vgl. z. B. hinsichtlich der notwendigen Ein-

willigung des anderen Ehegatten die §§ 1395, 1398, 1445). Daß er im Grundbuche **eingetragen**, ist zur Wirksamkeit des Aufgebens nicht erforderlich. Nach den Ordnungsvorschriften der §§ 40, 41 GBO hat er aber sich zuvor eintragen zu lassen, wenn er nicht Erbe des eingetragenen Eigentümers ist.

4. Der **Verzicht** ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das den allgemeinen Regeln für derartige Rechtsgeschäfte (z. B. hinsichtlich Geschäftsfähigkeit, Willensmängel) unterliegt. Der Verzicht muß, weil durch ihn das Eigentum soll aufgegeben werden können und das Aneignungsrecht des Fiskus entstehen soll, ein sofort und endgültig wirksamer, vorbehaltloser Verzicht sein; deshalb ist, wenn auch hier eine Bestimmung, wie im § 925 Abs 2 für die Auflassung, nicht gegeben ist, ein Verzicht, der unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, unwirksam, das Grundbuchamt hat die Eintragung eines solchen Verzichts abzulehnen, und wenn es doch die Eintragung vornimmt, geht das Eigentum nicht unter (str.). Da der Verzicht nicht vor, sondern nur **gegenüber dem Grundbuchamte** zu erklären ist, bedarf er zur Rechtswirksamkeit nicht einer Form (vgl. § 875 A 7). Jedoch hat der Grundbuchrichter nach der Ordnungsvorschrift des § 29 GBO die Eintragung nur bei Beobachtung der darin vorgesehenen Form vorzunehmen. Der Verzicht ist nach § 130 Abs 1, 3 mit Abgabe der Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte, auch schon vor der Eintragung, unwiderruflich, wie auch ein gegenüber dem Grundbuchamt erklärter Verzicht auf ein Recht an einem Grundstück nach der noch besonders gegebenen Bestimmung im § 875 Abs 2 unwiderruflich ist (str.; Prot 3, 190; RG 82, 74). Vgl. jedoch wegen Widerruflichkeit des Eintragungsantrags A 5.

5. Die **Eintragung** des Verzichts, das weitere Erfordernis für die Aufgabe des Eigentums, erfolgt auf formlosen Antrag (§§ 13, 30 GBO), der aber regelmäßig in der Verzichtserklärung enthalten sein wird, in Preußen (AVf v. 20. 11. 99 § 10 Nr 3) in Abt I Sp 3; ein Vermerk in Abt I Sp 1 darüber, daß das Grundstück herrenlos geworden sei, ist nicht vorgeschrieben, nur ist die bisherige Eigentumseintragung rot zu unterstreichen (KGJ 51, 198). — Zur Stellung des Antrags ist nur der Eigentümer berechtigt, nicht auch der Aneignungsberechtigte, da die Eintragung nicht im Sinne des § 13 Abs 2 GBO zu seinen Gunsten erfolgt. Der Eigentümer kann den Antrag gemäß §§ 32, 29 Abs 1 GBO zurücknehmen. Dann hat die Eintragung des Verzichts zu unterbleiben. In einem (an sich unzulässigen, s. A 4) Widerruf des Verzichts wird die Zurücknahme des Antrags zu finden sein und wird daher das Grundbuchamt die Eintragung zu unterlassen haben (str.). Ist aus diesem oder einem sonstigen Grunde die Eintragung des Verzichts vom Grundbuchamt nicht bewirkt worden, so ist das Eigentum an dem Grundstück nicht wirksam aufgegeben und der Eigentümer weiter zu Verfügungen über das Grundstück (z. B. zur Bestellung von Hypotheken) befugt, so daß das Grundbuchamt die Vollziehung solcher Verfügungen trotz des erklärten Verzichts nicht ablehnen darf (RJA 14, 241).

6. Ein freies Aneignungs- (Okkupations-) Recht besteht nicht. Vielmehr haben ein **Recht zur Aneignung** nur der Fiskus und die an dessen Stelle nach Landesrecht (Art 129 EG) etwa dazu berechtigten anderen bestimmten Personen (RG 82, 74). — Nach Art 190 EG erstreckt sich dieses Aneignungsrecht auf alle zur Zeit der Grundbuchanlegung herrenlosen Grundstücke (vgl. RG 71, 67). — Über Erwerb von sog. Kronland (herrenlosem Land) in den deutschen Schutzgebieten vgl. § 925 A 1 a. E. — Das Recht zur Aneignung ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen übertragbar (RG 82, 74).

7. Der **Antrag auf Eintragung** ist nicht lediglich ein Verfahrensantrag (§ 13 GBO), durch den die Eintragung angeregt wird. Er enthält vielmehr die empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung des Willens, Eigentum durch Erwirkung der Eintragung zu erlangen. Er ist daher nach § 130 Abs 1, 3 unwiderruflich und bedarf zwar nicht zur Wirksamkeit, wohl aber behufs Vornahme der Eintragung formellrechtlich nach § 30 GBO der im § 29 GBO vorgesehenen Form. — Hat der Aneignungsberechtigte (s. A. 6) sein Recht auf Aneignung an einen anderen übertragen (s. A 6), so erwirbt der neue Erwerber durch die auf seinen Antrag erfolgte Eintragung das Grundstückseigentum (RG 82, 75). — Solange der Aneignungsberechtigte von seinem Aneignungsrecht durch Herbeiführung der Eintragung seines Eigentums noch keinen Gebrauch gemacht hat, können die Hypothekengläubiger ihr Interesse an Bewirtschaftung und Erhaltung des Bestandes des herrenlos gewordenen Grundstücks durch Ausbringung der Zwangsverwaltung wehren (OLG 35, 33; über Erlangung eines vollstreckbaren Urteils und sonstige Zwangsvollstreckung vgl. A 2). Dagegen kann ein Pfleger zur Verwaltung des Grundstücks nicht bestellt werden, da der allein in Betracht kommende § 1913 sich nur über eine Personenpflegschaft verhält (RJA 14, 304; KGJ 50, 52).

Dritter Titel

Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen

I. Übertragung

§ 929

Zur Übertragung des Eigentums[1]) an einer beweglichen Sache[2]) ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber[3]) übergibt[4]) und beide darüber einig sind[5]), daß das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums[6]).

E I 874 II 842; M 3 333—339; P 3 194—196, 201.

1. **Übertragung des Eigentums** Rechtsgeschäft, durch das der Eigentümer einen andern an seiner Stelle zum Eigentümer macht; Übergabe und Einigung sind Bestandteile dieses Rechtsgeschäfts. Da die Übertragung die Einigung voraussetzt, hat sie die Natur eines Vertrags. Da aber dieser Vertrag nicht die Begründung oder Veränderung von Schuldverhältnissen zwischen verschiedenen Personen, sondern die unmittelbaren Rechtsbeziehungen der Person zur Sache zum Gegenstand hat, sind auf ihn die Gesetzesvorschriften nicht anwendbar, die den Vertrag als Mittel zur Begründung von Schuldverhältnissen regeln. Dies gilt in erster Linie von allen Vorschriften über den Vertrag, die sich im zweiten Buche des BGB finden, aber auch von den im ersten Buch, dritter Abschnitt, dritter Titel, enthaltenen soweit, als sie ihrem Inhalte nach für Schuldverhältnisse bestimmt sind (RG 66, 97). Im übrigen finden die Vorschriften über Rechtsgeschäfte und Verträge auch auf die Eigentumsübertragung Anwendung. So insbesondere die Vorschriften über Bedingung und Zeitbestimmung (RG Warn 1912 Nr 80). Die im § 925 Abs 2 enthaltene Beschränkung — keine Auflassung unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung — besteht für die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen nicht. Der wesentlichste Fall der bedingten — und zwar aufschiebend bedingten — Übertragung des Eigentums ist der der Übergabe der verkauften Sache unter Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises. Der Wille des Verkäufers, das Eigentum der Sache auf den Käufer zu übertragen, muß in solchen Fällen noch vorhanden sein, wenn der letzte Kaufgelderrest bezahlt wird und damit die Bedingung eintritt. Bis dahin hat der Verkäufer noch nicht vollständig erfüllt. Deshalb ist nach erfolgter Übergabe der Anspruch auf Übereignung noch selbständig abtretbar und der neue Gläubiger kann das Eigentum unmittelbar von dem Verkäufer erwerben (RG 64, 204; 66, 344; 95, 105). Die Übertragung des Eigentums erfolgt in der Regel zur Erfüllung einer Verpflichtung. Eine solche Verpflichtung ist aber nicht notwendige Voraussetzung der Übertragung. Die Rechtswirksamkeit der Übertragung ist von dem Bestehen der Verpflichtung unabhängig (RG 19. 4. 17 IV 34/17). Den Beteiligten steht indessen frei, das Bestehen der Verpflichtung zur Bedingung der Wirksamkeit der Übertragung zu machen. Ob sie es getan haben, ist Tatfrage im einzelnen Falle (RG 54, 340; RG 28. 12. 06 VII 111/06).

2. **Bewegliche Sachen.** Vgl. §§ 90, 91. Nach § 929 können stets nur bestimmte einzelne Sachen übertragen werden, Bestimmbarkeit genügt nicht (RG LZ 1917, 867). Sachgesamtheiten als solche oder Teile davon, z. B. für 2000 M. seidene Bänder von einem größeren Lager (RG Gruch 58, 1029) können nach § 929 nicht übertragen werden. Dies gilt auch für den Fall des § 419 (Vermögensübernahme). Doch kann die Einigung über die Eigentumsübertragung auch für eine Mehrzahl von Sachen zugleich und einheitlich erfolgen und bedarf es nicht für jedes einzelne Stück einer Gesamtheit einer besonderen Übergabetätigkeit. Durch die Übertragung des Eigentums an dem Stammpapier wird nicht auch das Eigentum an dem — nicht mitübergebenen — Gewinnanteilscheinbogen, einem selbständigen Inhaberpapier, übertragen. Dies muß besonders geschehen (RG 77, 333). Umgekehrt überträgt auch die Aushändigung des Gewinnanteilscheinbogens oder des Zinserneuerungsscheines, eines bloßen Ausweispapiers, nicht das Eigentum an dem Stammpapier (RG LZ 1916, 1007).

3. **Der Eigentümer dem Erwerber.** Übertragung des Eigentums ist begrifflich nur durch den möglich, der selbst Eigentümer ist. Dem steht nicht entgegen, daß nach §§ 932—934 unter besonderen Umständen das Eigentum auch aus der Hand des Nichteigentümers erworben werden kann; denn hierbei handelt es sich nur um eine Ausnahme aus Verkehrsrücksichten. Der Eigentümer kann sich ebenso wie der Erwerber bei der Übertragung des Eigentums eines Vertreters bedienen. Der Eigentümer muß aber auch selbst den Besitz- und Eigentumsübergang wollen. Ist das Gegenteil erkennbar und festzustellen, so kann eine frühere, auf Wirkung in der Zukunft abzielende Erklärung den bei der Übergabe fehlenden Willen des Eigen-

tümers nicht ersetzen (RG 83, 230). Nach § 164 ist belanglos, ob der Vertretene dem Gegenbeteiligten bekannt ist, wenn nur das Vertretungsverhältnis erkennbar hervortritt. Man wird aber für den Eigentumserwerb durch Vertreter noch um einen Schritt weitergehen und annehmen müssen, daß auch dann, wenn das Vertretungsverhältnis dem Veräußerer gegenüber nicht hervortritt, der Vertreter des Erwerbers doch in der Regel für diesen erwirbt (RG 3. 2. 03 III 347/02). Denn in der Regel wird bei der Übertragung beweglicher Sachen, insbesondere bei der Übertragung zufolge Kaufes, der Zug um Zug erfüllt wird, der Veräußerer kein Gewicht darauf legen, wer der Eigentümer wird, und wird deshalb in dem Sinn übergeben, daß nicht notwendig der ihm Gegenüberstehende, sondern der Eigentümer werden soll, den es wirklich angeht, also nicht der Vertreter, sondern der Vertretene (RG LZ 1915, 51; RG 11. 6. 20 VII 496/19).

Der Übertragende muß im Augenblick der Übergabe Eigentümer se.n. Ist er es noch nicht, so kann er zu dieser Zeit das Eigentum nicht übertragen. Überträgt er, bevor er Eigentümer ist, den Besitz und sind beide Teile einig, daß der neue Besitzer Eigentümer werden soll, so geht zwar nicht auf Grund der Übergabe, wohl aber auf Grund des Besitzes und der Einigung das Eigentum in dem Augenblick, in dem es der Übertragende erlangt, auf den Erwerber über.

4. **Übergabe** ist die Einräumung der tatsächlichen Gewalt über die Sache im Sinne des § 854. Eine nur einstweilige körperliche Hingabe oder eine Hingabe nur zu vorübergehender Benutzung genügt nicht (RG 75, 221; RG 24. 4. 15 V 522/14; vgl. RG 92, 265). Die Übergabe ist Willensbetätigung, sie erfordert den Willen des Veräußerers, den Erwerber in die Lage zu versetzen, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben, und den Erfolg, daß der Erwerber auch wirklich in diese Lage kommt (RG JW 1912, 129[2]; RG 72, 312). Die Übergabe kann sowohl dadurch erfolgen, daß der Veräußerer die Sache durch eigene Tätigkeit in die Gewalt des Erwerbers bringt, als auch dadurch, daß er dem Erwerber den Zugriff gestattet und ermöglicht. Danach kann die Übergabe in der mannigfachsten Art geschehen. So kann die Einräumung der Gewalt über den Raum, in dem sich die Sachen befinden, durch Überlassen der Schlüssel, Vernageln der Türen u. a. den Anforderungen der „Übergabe" genügen (RG JW 04, 114[12]; RG 9. 3. 06 VII 297/05). Immer ist als leitender Gesichtspunkt festzuhalten, daß es sich bei der „Übergabe" des § 929 nicht um die Einräumung einer rechtlichen Befugnis, sondern nur um die Einräumung einer tatsächlichen Gewalt handelt (RG 15. 2. 07 VII 148/06; RG 74, 354). Eine „symbolische" Übergabe kennt das BGB nicht (RG 77, 201). Wird die Übergabe durch Überlassen der Schlüssel wirksam, so hat dies seinen Grund nicht darin, daß die Schlüssel die Zeichen der Gewalt über den Raum sind, sondern darin, daß sie dem Erwerber die tatsächliche Möglichkeit der Beherrschung des Raumes und damit der Sache geben. Würde es an letzterem fehlen, weil z. B. die Türe kein Schloß hätte oder noch einen andern Verschluß, so daß der Erwerber auch mit den Schlüsseln nicht in den Raum gelangen könnte, so würde die Überlassung der Schlüssel keine Übergabe bilden. Vgl. auch A 5 zu § 1205.

Eine Übernahmetätigkeit des Erwerbers ist nicht unter allen Umständen erforderlich. Die Übergabe wird sich im Ergreifen durch den Erwerber dann vollenden und verwirklichen, wenn sich die Tätigkeit des Veräußerers auf die Gestattung des Zugriffs beschränkt; sie kann aber auch ohne jedes tätige Eingreifen des Erwerbers zustande kommen, wenn der Veräußerer die Sache bei dem Erwerber niederlegt und zurückläßt.

Wie bei jedem dinglichen Herrschaftsverhältnis die äußere Erkennbarkeit das allgemeine kennzeichnende Merkmal ist (RG 77, 201), so auch bei der tatsächlichen Gewalt. Sie ist nur dann übergegangen, wenn erkennbar gemacht ist, daß das Besitzverhältnis des früheren Besitzers aufgehört und daß der andere die Gewalt über die Sache erlangt hat. Hat sich die Tätigkeit des Veräußerers auf die Gestattung des Zugriffs beschränkt, so muß eine äußerlich erkennbare Besitzergreifungshandlung des andern gefolgt sein (RG 20. 12. 18 VII 250/18).

Daß bei der Übergabe beide Beteiligte persönlich anwesend oder vertreten sind, ist nicht erforderlich. Die Übergabe kann vielmehr auch in Abwesenheit, ja ohne Wissen eines der beiden Beteiligten durch mechanische Vorkehrungen erfolgen. Dies insbesondere bei der Benutzung von Verkaufsautomaten und ähnlichen Einrichtungen. Der Unternehmer gibt durch das Inbetriebsetzen der Einrichtung mit der zugehörigen Inschrift seinen Willen kund, die in dem Automaten enthaltenen Gegenstände zu dem einzuwerfenden Preise zu verkaufen, und erlaubt und ermöglicht den Kauflustigen unter der Bedingung des Einwerfens der Geldstücke die Wegnahme der Sachen. Die Beteiligten sind einig, daß die ordnungsmäßig eingeworfenen Geldstücke ins Eigentum des Unternehmers, die herausfallenden Waren in das Eigentum des Einzahlers übergehen sollen. Da in Wirklichkeit durch das Einwerfen des Geldes der Unternehmer darüber die Gewalt und durch die Wegnahme der herausgefallenen Ware der Einzahler daran den Besitz erlangt, geht hier wie dort das Eigentum über (vgl. RGSt 44, 114).

Die bloße Einräumung des Mitbesitzes steht allgemein der Übergabe nicht gleich. Nur unter besonderen Umständen genügt in den Fällen der §§ 1081 u. 1206 an Stelle der Über-

gabe die Einräumung des Mitbesitzes (RG LZ 1918, 498[7]). Im Falle des § 929 genügt sie also nicht.

5. einig sind. Nicht die Einigung ist hier vorausgesetzt, sondern das Einigsein, der Zustand, der sich aus der Einigung ergibt. Der Unterschied ist in dem Regelfalle der Gleichzeitigkeit von Einigung und Übergabe ohne Bedeutung, kann aber von wesentlicher Bedeutung dann werden, wenn die Übergabe, wie bei der Übersendung, der Einigung erst folgt. Hier tritt neben die Frage: „Ist die Einigung erfolgt?" die weitere Frage: „Waren die Beteiligten auch im Augenblicke der Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Erwerber noch einig?" Diese Frage ist um deswillen nötig, weil bei der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen das Gesetz davon absieht, den Beteiligten die Möglichkeit einer Bindung an die Einigung zu eröffnen (vgl. § 873 Abs 2). Vor der Übergabe kann daher jeder Beteiligte von der Einigung wieder abgehen und dadurch den Eigentumsübergang vereiteln — unbeschadet natürlich der Frage, inwieweit er schuldrechtlich verpflichtet ist, das Eigentum zu übertragen. Für die Beantwortung der Frage, ob die Beteiligten noch einig sind, ist entscheidend, daß es sich um einen Dauerzustand handelt und daß deshalb derjenige, der sein Bestehen behauptet, nur sein Entstehen, also das Zustandekommen der Einigung, zu beweisen hat. Ist die Einigung bewiesen, so ist es Sache dessen, der deren Nichtmehrbestehen behauptet, die Tatsache zu beweisen, durch die sie gebrochen ist. Diese Tatsache kann keine rein innere sein. Es genügt nicht, daß der Beteiligte nicht mehr gewollt hat, er muß sein Nichtmehrwollen dem Gegenbeteiligten zu erkennen gegeben haben.

Als Bestandteil des Übertragungsgeschäfts untersteht die Einigung über die Übertragung den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte und Verträge (vgl. A 1). Sie setzt nicht nur den beiderseitigen Willen, sondern die gegenseitige Willenserklärung voraus, vorbehaltlich des § 151 BGB. Der einseitige geheime Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, ist auch hier bedeutungslos (vgl. RG 47, 270). Die Willenserklärung wird bei der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen besonders häufig durch schlüssiges Verhalten erfolgen. Vorsicht bei der Beurteilung dieses Verhaltens ist aber am Platze. In der Annahme (Abnahme) einer zur Erfüllung eines Kaufvertrags zugesendeten Ware (§ 433 Abs 2), in der Bestätigung des Empfanges, im längeren Behalten kann die Erklärung liegen, das Eigentum der Ware erwerben zu wollen. Sie muß nicht darin liegen. Es kann auch beabsichtigt sein, die Ware erst auf ihre Vertragsmäßigkeit zu untersuchen (RG 64, 145; RG JW 04, 62[21]; RG 9. 3. 06 VII 297/05; 5. 3. 09 VII 451/08). Ebenso haben die Abnahme eines Werkes im Sinne des § 640 Abs 1 und der Eigentumsübergang grundsätzlich nichts miteinander zu tun. Unter Umständen kann das eine ein Anzeichen für das andere sein, die Abnahme kann aber vor dem Eigentumsübergang und dieser vor jener stattfinden (RG LZ 1914, 857). — Wegen besonderer Fälle der Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 1 vgl. § 930 A 1 a a. E.

6. Übertragung des Eigentums an den Besitzer. Es handelt sich hier nicht um einen Fall der „Ersetzung der Übergabe" wie in den §§ 930, 931, sondern darum, daß die Übergabe nicht erforderlich ist, weil der Erwerber die tatsächliche Gewalt schon hat. Auch künftige Sachen, z. B. Aktien, können unter der Bedingung ihrer Entstehung nach § 929 Satz 2 übereignet werden (RG 85, 333).

Besitzer ist auch der mittelbare Besitzer. Der Erwerb durch Einigung allein kann auch dann erfolgen, wenn der Erwerber die zu erwerbende Sache nicht mehr selbst in Händen, sondern z. B. verliehen hat. Es bedarf in diesem Falle des Weges des § 931 nicht. Der Besitzdiener ist nach § 855 nicht Besitzer. Strenggenommen würde also der Eigentümer, wenn er seinem Besitzdiener das Eigentum übertragen wollte, dies nicht im Wege des § 929 Satz 2 tun können. Praktisch ist das jedoch um deswillen nicht von Bedeutung, weil in solchem Falle in der Einigung zugleich auch alle Voraussetzungen der Umwandlung des Besitzdienerverhältnisses in das Besitzerverhältnis gegeben sind. Der Besitzdiener wird durch die Einigung Besitzer und Eigentümer (RG 3. 5. 20 V 486/19). Hinsichtlich der Voraussetzungen und Kennzeichen der „Einigung" gilt das in A 5 Gesagte. Wiederholt ist ausgesprochen, daß die dem Bankherrn nach § 2 des Depotgesetzes erteilte Ermächtigung, über hinterlegte oder verpfändete Wertpapiere zu seinem Nutzen zu verfügen, für sich allein nicht notwendig den Übergang des Eigentums an den Bankherrn zur Folge hat (RG 58, 286; RG Warn 1910 Nr 167).

Auch der Mitbesitzer besitzt. Die Einigung genügt daher auch zur Übertragung des Eigentums an den Mitbesitzer, wenn dieser mit einem Dritten zusammen besitzt. Aber wie in Satz 1 die Einräumung des Mitbesitzes durch den Eigentümer nicht an Stelle der Übergabe genügt (vgl. A 4 a. E.), so genügt auch in Satz 2 die bloße Einigung des Eigentümers mit seinem Mitbesitzer nicht zur Übertragung des Eigentums. Der Eigentümer muß seinen eigenen Mitbesitz noch auf den Erwerber übertragen, insoweit also eine Übergabe vollziehen. Nicht unbedenklich deshalb RG LZ 1915, 51.

§ 930

¹) Ist der Eigentümer im Besitze²) der Sache³), so kann die Übergabe dadurch ersetzt⁴) werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt⁵)⁶).

E I 805, 874 II 843; M 3 97—99, 335, 336; P 3 196—201.

1. **Übertragung des Eigentums ohne Aufgeben des Besitzes — constitutum possessorium.** Das BGB schränkt diese Art der Eigentumsübertragung ein.

a) Nicht zugelassen ist Eigentumsübertragung mit einfachem — leerem — Besitzvorbehalt, das sog. „abstrakte Konstitut". Die Übergabe kann nicht dadurch allein ersetzt werden, daß der Eigentümer mit dem Erwerber vereinbart, den Besitz zu behalten, selbst dann nicht, wenn es in dem Sinne geschieht, daß er von nun an für den Erwerber besitzen will. Das Gesetz geht augenscheinlich davon aus, daß, wer für den Erwerber besitzt, ohne ihn zum mittelbaren Besitzer zu machen (§ 868), in Wirklichkeit statt des Erwerbers besitzt, und läßt grundsätzlich einen solchen Eigentumserwerb nicht zu (RG 49, 170; 54, 396; RG Warn 1910 Nr 404; RG 24. 3. 11 VII 404/10; 4. 2. 13 VII 312/12; RG JW 1913, 492[14]; RG 2. 3. 15 VII 479/14, aber Begründung des Rechtsverhältnisses in mündlicher Nebenabrede genügt). Das Verbot umfaßt auch den Fall, in welchem an einer verkauften und ohne Eigentumsvorbehalt übergebenen Sache nachträglich zur Sicherung des Kaufpreises noch Eigentumsvorbehalt eingeräumt werden soll. Auf dem Wege der Sicherungsübereignung mit „konkretem Besitzkonstitut" (vgl. b) ist der Zweck zu erreichen. Das Verbot des einfachen Besitzvorbehalts trifft dagegen nicht die Fälle, in denen der Eigentümer zu dem Erwerber in ein Verhältnis der im § 855 bezeichneten Art tritt und über die Sache, die er bisher als Eigentümer besaß, nunmehr in der Eigenschaft eines Angestellten des Erwerbers oder in ähnlicher Stellung als Besitzdiener die tatsächliche Gewalt für den Erwerber ausübt. In diesen Fällen findet in Wirklichkeit Eigentumsübertragung nach § 929 statt. Denn in diesen Fällen hört der bisherige Eigentümer auf zu besitzen, und der neue Erwerber besitzt unmittelbar. So insbesondere dann, wenn ein Kaufmann sein Warenlager und seine Geschäftseinrichtung an einen andern Kaufmann veräußert, dieser daraus ein Zweiggeschäft bildet und den bisherigen Eigentümer als Geschäftsführer darin anstellt. Nimmt der Veräußerer die Übertragung des Eigentums auf solche Art zulässigerweise (§ 181) „in sich" vor, so ist außer dem entsprechenden Willen noch eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungshandlung erforderlich (RG 11. 6. 20 VII 496/19), von der das A 2 a. E. Gesagte gilt.

b) Zugelassen ist das „konkrete Konstitut", d. h. die Eigentumsübertragung unter Vorbehalt des unmittelbaren Besitzes, wenn gleichzeitig ein Rechtsverhältnis geschaffen wird, durch das der Erwerber den mittelbaren Besitz erhält. Dieses Rechtsverhältnis muß einem bestimmten, im Gesetz geregelten Rechtsverhältnis entsprechen oder ihm wenigstens ähnlich sein. Es gibt keinen mittelbaren Besitz als Folge des Eigentums und keinen selbständigen mittelbaren Besitz (RG 52, 130; 63, 16; RG JW 07, 747[18]; Warn 09 Nr 454; RG 22. 10. 10 IV 188/10).

c) Der Unterschied zwischen dem leeren und dem bestimmten Konstitut ist, so scharf er nach dem Gesetz auch zu ziehen ist, für die Gesetzesanwendung nicht von allzugroßer Bedeutung. Bei fast jedem ernstgemeinten Konstitut werden die tatsächlichen Verhältnisse es mit sich bringen, daß das entscheidende Rechtsverhältnis in irgendeiner Art wenigstens stillschweigend begründet wird. Das wird auch in der Rechtsprechung anerkannt (vgl. A 4 u 5).

2. **Besitz.** Gleichviel ob unmittelbarer oder mittelbarer Besitz, Alleinbesitz oder Mitbesitz. Auch der Eigentümer, der im mittelbaren Besitz der Sache ist, kann, statt den Weg des § 931 zu wählen, ein Rechtsverhältnis vereinbaren, durch das der Erwerber weiteren mittelbaren Besitz erlangt, und so Eigentum nach § 930 übertragen (RG Warn 09 Nr 174; RG 4. 5. 17 VII 23/17; RG LZ 1919, 697; Warn 1920 Nr 13; RG 3. 1. 19 VII 282/18, auch bei Sicherungsübereignung). Der Eigentümer braucht dabei weder den unmittelbaren Besitzer zu nennen, noch ihn von der Eigentumsübertragung zu benachrichtigen (RG 4. 5. 17 VII 23/17). Ist der Eigentümer nur Mitbesitzer, so kann er durch das vereinbarte Rechtsverhältnis auch nur mittelbaren oder weiteren mittelbaren Mitbesitz begründen. Das reicht zum Übergang des Eigentums aus, weil der Eigentümer seinen gesamten Besitz in den Dienst des Erwerbers stellt (vgl. § 929 A 4 a. E. und A 6 a. E.). Daß aber der Eigentümer zu der Zeit, zu der das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll, den Besitz hat, ist unerläßlich (RG 56, 52). Es steht indessen nichts im Wege, daß jemand schon, bevor er Eigentümer und Besitzer geworden ist, sich mit einem andern dahin einigt, ihm das Eigentum sofort mit der Erlangung zu übertragen und auf Grund des dazu vereinbarten Rechtsverhältnisses den Besitz sofort mit der Erlangung für ihn als mittelbaren Besitzer auszuüben. Denn der Eintritt der Wirk-

samkeit der Einigung und des Besitzkonstituts kann auch in die Zukunft verlegt werden (RG Warn 08 Nr 61; 1910 Nr 448; JW 07, 747[18]; Warn 1912 Nr 214; JW 1912, 797[14]). So insbesondere dann, wenn bei Übertragung von Warenlagern, Vermögensmassen, Gutsinventaren, Herden, die in der Verwaltung des früheren Eigentümers bleiben, sofort auch der Eigentumsübergang für spätere Zugänge und Anschaffungen, Nachschaffungen, Ersatzstücke bedungen wird (RG 81, 141; RG JW 1911, 762[21]; Warn 1912 Nr 214; RG 24. 1. 13 VII 478/12). Allerdings muß in solchem Fall für den endgültigen Besitz- und Eigentumsübergang eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungshandlung gefordert werden, die den Übertragungswillen erkennbar macht (RG 73, 418; RG LZ 1919, 697). Wenn schon bei beweglichen Sachen das allgemein kennzeichnende, notwendige Merkmal des Bestandes dinglicher Rechte die äußere, in der Regel für jedermann bestehende Erkennbarkeit bildet, so genügt es hier doch, wenn der Besitzwechsel überhaupt erkennbar ist, und sei es auch nur für einen mit den Verhältnissen Vertrauten (RG JW 1912, 797[15]; 1917, 217[6]; 11. 6. 20 VII 496/19). Das wird erreicht z. B. durch die Aufnahme in ein Verzeichnis, wenn diese Form ein für alle Mal vereinbart ist (RG 23. 3. 15 VII 510/14), aber auch trotz dieser Vereinbarung durch das Einverleiben der Ersatzstücke in das Warenlager (RG JW 1917, 217[6]) oder auch durch das Benutzen der Ersatzstücke im Gewerbebetriebe (RG LZ 1916, 383).

3. Sache. Die Eigentumsübertragung kann sich auch in diesem Falle nur auf eine bestimmte Sache beziehen. Bestimmbarkeit reicht auch hier nicht aus. Ein Warenlager als solches kann unter dieser Bezeichnung übereignet werden. Werden die einzelnen Waren aufgezeichnet, so müssen sie einzeln genau bezeichnet werden, mögen sie auch tatsächlich das ganze Lager ausmachen (RG SeuffA 71 Nr 254). Ebenso können Waren in besonders aufgeführten Räumen übereignet werden (RG 5. 6. 11 VII 612/10; RG 14. 11. 11 VII 68/11). Ein nicht mindestens in dieser Weise tatsächlich ausgeschiedener Teil eines Warenlagers usw. kann nicht übereignet werden (RG LZ 1917, 867; OLG 26, 48). Wohl aber ist eine Einigung dahin möglich, daß ein bestimmter Teil aus einer größeren Menge übereignet werden und der Eigentümer ihn bestimmen, ausscheiden und für den Erwerber verwahren soll. Der Eigentumsübergang findet dann mit der Ausscheidung statt (RG JW 1912, 797[15]). Das Eigentum an barem Gelde kann durch Besitzkonstitut gültig nur dann übertragen werden, wenn es gesondert aufbewahrt und von anderem Gelde getrennt gehalten wird. Bloße Buchungen genügen nicht (RG 18. 6. 19 V 62/19).

4. ersetzt, d. h. die Vereinbarung tritt an die Stelle der Übergabe und es bleibt nur noch als zweites Erfordernis, daß Veräußerer und Erwerber darüber einig sind, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll. Wenn z. B. ein Schuldner, der im unmittelbaren Besitz (RG 94, 341) der vom Gerichtsvollzieher gepfändeten Sachen geblieben ist, sie auch nach der Versteigerung oder nach einer gemäß § 825 ZPO vorgenommenen Veräußerung sie noch ferner in seinem unmittelbaren Besitz behält und dann mit dem Ersteher oder Käufer ein Rechtsverhältnis vereinbart, das an sich zum Ersatz der Übergabe genügt (RG Warn 1917 Nr 55), so geht das Eigentum nur über, wenn die Beteiligten den Eigentumsübergang auch wirklich bezwecken, nicht, wenn sie ihn als schon geschehen voraussetzen; in diesem Fall sind sie nicht mehr darüber einig, daß das Eigentum übergehen soll (§ 929). Dies Ziel muß ins Auge gefaßt sein, nicht erforderlich ist, daß die Beteiligten die rechtliche Bedeutung und Wirkung ihrer Abreden im einzelnen klar erkennen (RG JW 1915, 445[4]).

Es ist nicht unzulässig, in erster Linie eine tatsächliche Übergabe nach § 929, in zweiter eine Ersatzübergabe nach § 930 zu behaupten (RG LZ 1918, 498[7]).

5. Rechtsverhältnis zur Erlangung des mittelbaren Besitzes. Gemeint sind hier die im § 868 angeführten Verhältnisse, nämlich das Verhältnis des Nießbrauchers, Pfandgläubigers, Pächters, Mieters, Verwahrers und ähnliche Verhältnisse. Der Kreis solcher Verhältnisse ist mit Rücksicht auf die Schlußklausel „und ähnliche Verhältnisse" sehr groß. Die Leihe und das Verhältnis des Kommissionärs fallen darunter (RG Warn 09 Nr 454; RG 24. 5. 10 VII 483/09; 9. 6. 11 VII 570/10; 4. 2. 13 VII 312/12), es genügt aber auch ein kommissionsähnliches Verhältnis, z. B. wenn der Veräußerer die Sachen kommissionsweise veräußern darf und aus dem Erlös neue Sachen anzuschaffen hat (RG 1. 5. 17 VII 72/17). Die Übergabe kann nach § 930 nicht ersetzt werden, wenn der Veräußerer aus einem andern Rechtsgrund ein stärkeres Recht an den zu übertragenden Sachen erwirbt, als er durch die Vereinbarung nach § 930 erwerben soll. Ein Ehemann, der Sachen an seine Frau übereignen will, kann die Übergabe nicht durch Vereinbarung eines Leihvertrags ersetzen, wenn er ohnehin an den zum eingebrachten Gut werdenden Sachen das ehemännliche Verwaltungsrecht erlangt (RG 48, 318; OLG 34, 179). Die Annahme, daß in solchen Fällen das familienrechtliche Verhältnis das Rechtsverhältnis im Sinne des § 930 darstelle, ist nicht zu billigen, denn dieses entsteht kraft G e s e t z e s, nicht durch die von § 930 geforderte V e r e i n b a r u n g der Beteiligten (RG Gruch 49, 123; OLG 8, 112; PosMSchr 1914, 152). § 868 bezieht sich zwar nicht nur auf vertragliche, sondern auch auf gesetzlich geregelte Rechtsverhältnisse (RG 59, 201; 94, 341; 98, 134), § 930 verlangt aber ausdrücklich ein v e r e i n b a r t e s

Rechtsverhältnis. Wer nicht willensfähig ist, kann ein solches nicht schaffen (RG 98, 133). Der Wille ist entscheidend. Die Unwirksamkeit des vereinbarten Rechtsverhältnisses aus anderen Gründen als wegen Willensmängeln ist bedeutungslos.

Wird Eigentum zur Sicherheit übertragen und bleibt der Veräußerer zunächst noch im Besitz, so liegt nicht unter allen Umständen eine den Erfordernissen der §§ 930, 868 entsprechende Vereinbarung vor, denn das Sicherheitsverhältnis begreift nicht notwendig auch ein Verhältnis nach den §§ 930, 868 in sich (RG JW 1912, 144[21]; Warn 1913 Nr 200). Einzelfälle: Bei einem unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kauf kann, auch wenn dem Käufer die Verpflichtung eines Verwahrers oder Verwalters nicht besonders auferlegt ist, ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 geschaffen werden (RG 54, 396; 69, 197); hält der Verkäufer nach dem Verkauf die Sache zurück, so braucht nicht immer stillschweigend ein Verwahrungsvertrag geschlossen zu sein (RG 5. 5. 11 VII 437/10); lagert aber gekaufte, genehmigte und bezahlte Ware noch bei dem Verkäufer, so kann Aufbewahrung im Sinne einer Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung nach § 354 HGB vorliegen (RG LZ 1913, 143; Warn 1916 Nr 83); der Vermerk des Käufernamens auf einem bestimmten Los mit entsprechender Buchung und Nachricht an den Käufer kann für den Eigentumsübergang ausreichen (RG 25. 6. 15 III 411/14); die Abrede, daß die Syndikatsmitglieder nur noch als Verwahrer und Frachtführer des Syndikats handeln sollen, wenn sie die Ware zur Bahn oder an das Schiff bringen und dort zur Beförderung an den Abnehmer verladen, kann dahin verstanden werden, daß die Mitglieder ihr Eigentum durch Begründung eines Rechtsverhältnisses nach § 868 auf das Syndikat übertragen und fortan nur noch die Rechte und Pflichten eines Verwahrers oder Frachtführers haben sollen, wobei gleichgültig, ob dies Verhältnis längere oder kürzere Zeit dauert (RG 92, 347). Wenn die Sache bereits nach § 929 übereignet ist, dann ist ein nachträglicher bloßer Eigentumsvorbehalt wie jedes leere Konstitut wirkungslos (RGSt LZ 1914, 1564); wird aber das Eigentum an der Sache zunächst an den Verkäufer zurückübertragen und sie dann von ihm dem Käufer leihweise bis auf Widerruf überlassen (RG Warn 1917 Nr 264) oder durch einen neuen Vertrag unter Preisnachlaß und Eigentumsvorbehalt wiederum an den Käufer verkauft (RG JW 1915, 445[4]), so ist ein genügend bestimmtes Rechtsverhältnis vereinbart. Der leitende Gesichtspunkt ist der, daß der unmittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber auf Zeit (§ 868) zum Besitz berechtigt und verpflichtet sein muß. Weder ist aber erforderlich, daß das Verhältnis zu einem von vornherein bestimmten Zeitpunkt, noch, daß es mit der Herausgabe an den mittelbaren Besitzer endigen muß; es ist nur erforderlich, daß überhaupt eine zeitliche Schranke besteht und ein Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers entstehen kann (RG Warn 1912 Nr 421; Warn 1913 Nr 200; JW 1913, 432[10]; Gruch 57, 434). Bei dem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt liegt die zeitliche Schranke darin, daß der Käufer entweder zahlt und dann Eigentümer wird oder daß er nicht zahlt und dann der Verkäufer das Rücktrittsrecht nach § 455 hat (RG JW 1915, 445[4]). Immer aber wird verlangt werden müssen, daß nicht bloß zum Schein ein dem § 868 entsprechendes Verhältnis geschaffen ist, daß es sich also nicht nur um die Übereinkunft handelt: „Die Sache solle als übergeben gelten" (RG 24. 3. 11 VII 404/10). Ist aber kein Zweifel, daß ein den Anforderungen des § 868 entsprechendes Verhältnis vorliegt, so ist es ohne Belang, daß es nicht im Vertrag mit ausdrücklichen Worten bezeichnet wurde (RG Warn 1913 Nr 201; LZ 1918, 498[7]). Auch stillschweigende Abrede genügt (RG 21. 3. 19 VII 22/19).

6. Sicherungsübereignung. Daß die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen unter Vorbehalt des Besitzes in weitem Umfang gestattet, die Verpfändung beweglicher Sachen unter Vorbehalt des Besitzes aber schlechthin ausgeschlossen ist, führt dazu, daß in großem Umfang an Stelle der Verpfändung die Sicherungsübereignung gewählt wird. Das ist nach feststehender Rechtsprechung an sich zulässig (RG JW 1911, 46[34]; Warn 1912 Nr 213), wird aber vielfach mißbraucht und führt zu erheblichen Mißständen. Zu beachten ist:

a) Zunächst wird stets genau zu prüfen sein, ob der Wille der Beteiligten ernstlich auf die Übertragung des Eigentums gerichtet war oder ob dies nur vorgespiegelt wurde. Ob das zugrunde liegende Geschäft als reine Sicherheitsübereignung für eine bestehende Schuld auftritt oder ob es in die Form des Sicherungskaufs gekleidet wird, ist dabei in der Regel belanglos. Daß es im letzteren Fall dem Verkäufer nicht darauf ankommt, zu verkaufen, sondern nur Geld auf Borg zu erhalten, dem Käufer nicht darauf, zu kaufen, sondern für seine Forderung Sicherheit zu bekommen, und daß der Weg des Sicherungskaufs nur gewählt wird, weil der der Verpfändung mit Besitzvorbehalt nicht offen steht, zwingt nicht zur Verneinung der Ernstlichkeit. Es kann trotzdem ein ernstlich gewählter Umweg, nicht ein vorgetäuschtes Scheingeschäft vorliegen (RG JW 02 Beil 259; RG 57, 175; 59, 146; 62, 126; RG JW 1911, 181[5]). Das Geschäft kann ernstlich gemeint sein, auch wenn der Erwerber die Sache bereits inne hatte (z. B. als Besitzdiener des Veräußerers) und sie weiter für dessen Rechnung benutzen, auch ebenso weiter die Früchte davon ziehen soll (RG 3. 5. 20 V 486/19). Eine Sicherheitsübereignung unter Gestattung des Weiterverkaufs (Kom-

mission) ist nicht schon deshalb unwirksam, weil nur ein ziffermäßig nicht bestimmter Erlösanteil an den Gläubiger abzuführen ist (RG 27. 2. 14 VII 314/13). Auch wird bei der Beurteilung der Vereinbarungen nicht am Wortlaut zu haften sein (RG Warn 1910 Nr 448; 1913 Nr 201). Pfandrecht und Sicherheitsübereignung verfolgen wirtschaftlich dasselbe Ziel, sie sind aber rechtlich verschieden; im Verkehr werden die Ausdrücke nicht immer im Rechtssinn gebraucht (RG LZ 1914, 1759). Anderseits wird es gegen die Annahme der Ernstlichkeit sprechen, wenn für geringe Forderungen wertvolle Sachen übereignet sind und wenn die Sicherungsübereignung zugunsten nahestehender Personen erfolgt ist. Die Absicht, zu täuschen, schließt die Annahme eines Scheingeschäfts nicht aus (RG 16. 4. 18 VII 18/18). b) Die Sicherungsübereignung kann gegen die guten Sitten verstoßen. Das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn zur Sicherheit eines einzelnen Gläubigers diesem durch einen sogenannten Knebelvertrag (RG 85, 343) die gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Aktiven eines kaufmännischen Geschäfts übertragen werden und trotzdem das Geschäft unter dem Schein der Kreditwürdigkeit fortgeführt wird (RG Warn 1913 Nr 130). Aber auch wenn die Sicherungsübereignung nicht soweit erstreckt ist, wird doch ein Verstoß wider die guten Sitten in dem Übereignungsvertrag immer dann zu erblicken sein, wenn die Vertragschließenden sich dabei bewußt und gewillt waren, auf diese Weise den Kreditschwindel zu fördern (RG 3. 1. 11 VII 322/10; DJZ 1911, 649). c) Die Sicherungsübereignung kann und wird häufig zwecks der Gläubigerbenachteiligung erfolgt und deshalb anfechtbar sein. d) Gegen den Gläubiger, dem zur Sicherung übereignet ist, besteht für den Schuldner der Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums gegen Befriedigung. In diesen Anspruch können die übrigen Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreiben. Der Rückübertragungsanspruch ist übrigens rein persönlich und vertragsmäßig. Auch nach Erreichung des Sicherungszwecks steht dem Übereigner — abgesehen von auflösend bedingten Sicherungsübereignungen — kein dinglicher Herausgabeanspruch gegen den Sicherungsnehmer zu. Die Ansicht, daß das Eigentum nur der Form nach übertragen, in Wirklichkeit aber bei dem Eigentümer verblieben sei, ist mit dem Begriff des Eigentums unvereinbar (RG 30. 10. 17 VII 219/17). e) Ist die Sicherungsübereignung allumfassend, ohne doch gegen die guten Sitten zu verstoßen, so wird zu prüfen sein, ob nicht die Voraussetzungen des § 419 vorliegen.

Daß auch eine ernstlich gemeinte und ordnungsmäßig zustande gekommene Sicherungsübereignung, die nicht zum Zweck der Gläubigerbenachteiligung erfolgt ist, beim Vorliegen der in der Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz aufgestellten besonderen Voraussetzungen von Gläubigern oder von dem Konkursverwalter angefochten werden kann, bedarf kaum der Erwähnung.

Endlich sei noch darauf hingewiesen, daß die Rechte aus der Sicherungsübereignung nicht zu den Nebenrechten im Sinne des § 401 gehören. Sie gehen also nicht kraft Gesetzes auf den neuen Gläubiger über, doch ist es regelmäßig als Vertragswille der Beteiligten anzusehen, daß der Gläubiger und Sicherungseigentümer die Rechte aus der Übereignung dem übertragen muß, der die Forderung erworben hat; die Zustimmung des Schuldners ist ebenso als im voraus erteilt anzusehen (RG 89, 195). — Die über die Art und Weise des Pfandverkaufs gegebenen Vorschriften gelten nicht auch für die Verwertung bei der Sicherungsübereignung (RG JW 1914, 76[8]), jedoch können selbstverständlich entsprechende Vereinbarungen getroffen werden (RG 8. 12. 19 VI 248/19).

§ 931

[1]) Ist ein Dritter[2]) im Besitze der Sache[3]), so kann die Übergabe dadurch ersetzt[4]) werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache[5]) abtritt[6]) [7]) [8]).

E I 804, 874 II 844; M 3 95—97; P 3 201—204.

1. Übereignung durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe: zweite Art der Ersetzung der Übergabe, beschränkt auf den Fall, daß ein Dritter Besitzer ist, ausgeschlossen in dem Falle, daß der Eigentümer selbst den unmittelbaren Besitz hat.

Zweifel können für den Fall der Ausübung des Besitzes durch einen Besitzdiener entstehen. Da in diesem Falle der Besitzherr unmittelbarer Besitzer ist, so scheint der Weg des § 931 verschlossen. Man wird indessen annehmen dürfen, daß der Veräußerer in diesem Falle durch die „Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache" zugleich den Besitzdiener insoweit aus dem Besitzdienerverhältnis entläßt, indem er sein Recht, ihm Weisungen hinsichtlich der Sache zu geben (§ 855), zum letztenmal durch die Anweisung ausübt und beendigt, die Sache an den neuen Erwerber herauszugeben. Dadurch wird der Besitzdiener zum Besitzmittler, das Hindernis der Anwendung des § 931 ist nicht mehr vorhanden. Die Gleichzeitigkeit der Rechtsvorgänge bildet kein Bedenken.

2. ein Dritter, d. h. ein anderer als der Veräußerer oder der Erwerber. Nicht im Wege steht, daß der Eigentümer mittelbarer Besitzer ist. Der Eigentümer kann also auch dann, wenn er die Sache auf dem Wege der Leihe oder Miete oder zur Verwahrung an einen Dritten gegeben hat, das Eigentum durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe übertragen, nicht nur dann, wenn er zur Zeit der Übertragung überhaupt nicht, also auch nicht mittelbar Besitzer ist.

3. der Sache. Nur eine bestimmte Sache kann auf diese Weise übereignet werden, nicht etwa auch von einer Sachgesamtheit ein nur der Menge nach bestimmter Teil. Von dem im Besitz eines Dritten lagernden Getreide kann nicht „die Hälfte" oder „eine Tonne" durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe übereignet werden, wenn diese Hälfte oder diese Tonne nicht gesondert gelagert ist, sondern mit dem übrigen Getreide auf einem Haufen liegt. Wohl kann auch in solchem Falle der Herausgabeanspruch abgetreten werden, aber das Eigentum geht auf diesem Wege erst dann an den Erwerber über, wenn ihm auf Grund der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs das Verlangte herausgegeben wird (**RG** 52, 385). Handelt es sich jedoch um die Übereignung einer aus der größeren Menge schon ausgeschiedenen Sachgesamtheit, so ist nicht Aufzählung der einzelnen Sachen nötig. Es genügt dann zur Bezeichnung bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs die Angabe nach Ort der Lagerung und Inhaber (**RG** Gruch 57, 434).

4. die Übergabe ersetzt. Erforderlich bleibt auch neben der Abtretung noch die Einigung über den Übergang des Eigentums. Sie ist regelmäßig in der Abtretung des Herausgabeanspruchs selbst mitenthalten. Indessen ist die Möglichkeit, den Herausgabeanspruch auch zu andern Zwecken als denen der Eigentumsübertragung abzutreten, nicht ausgeschlossen. Daher wird die Einigung über den Eigentumsübergang stets festzustellen sein (**RG** JW 1910, 814[34]).

5. den Anspruch auf Herausgabe der Sache — d. h. den durch § 985 dem Eigentümer gewährten Anspruch, von dem Besitzer die Herausgabe der Sache zu verlangen. Die Abtretung dieses Anspruchs ist zur Eigentumsübertragung erforderlich und auch genügend. Hat der Veräußerer außer diesem aus seinem Eigentum fließenden Anspruch noch einen weiteren, aus einem Rechtsverhältnis im Sinne des § 868, z. B. der Vermietung, entspringenden Anspruch auf Herausgabe, ist er also mittelbarer Besitzer, so kann dieser weitere Anspruch als mitabgetreten angesehen werden (**RG** 6. 2. 17 VII 254/16). Der Erwerber wird dann durch die Abtretung sofort mittelbarer Besitzer (§ 870). Das folgt aus § 934, vgl. A 1 das. Für den Eigentumsübergang ist diese Abtretung aber belanglos, sofern nicht eben § 934 eingreift. Dem Anspruch auf Herausgabe ist auch der Anspruch des nichtbesitzenden Miteigentümers gegen den alleinbesitzenden auf Einräumung des Mitbesitzes gleichzuachten (**RG** 69, 36). Mit der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache tritt, wenn auch die Einigung über den Übergang des Eigentums vorliegt, der Eigentumswechsel sofort ein. Dies selbst dann, wenn der Geltendmachung des Anspruchs in diesem Zeitpunkte rechtliche Hindernisse entgegenstehen (vgl. § 986 Abs 2). Die Abtretung des Anspruchs auf Vorlegung des Hypothekenbriefs an das Grundbuchamt, z. B. zur Herstellung eines Teilbriefs, ist keine Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache im Sinne des § 931 (**RG** 69, 36; **RG** Gruch 54, 1023; **RG** 26. 9. 14 V 153/14).

6. die Abtretung des Anspruchs ist an keine Form gebunden. Die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen finden auf sie gemäß § 413 entsprechende Anwendung. Einer ausdrücklichen Erklärung, daß der Anspruch auf Herausgabe abgetreten werde, bedarf es nicht unbedingt. Sie kann auch aus schlüssigen Handlungen entnommen werden, so daraus, daß dem Käufer die bei dem Spediteur lagernde Ware zur Verfügung gestellt und ein Verfügungsschein übergeben wird (**RG** 49, 97), aus der Übergabe eines indossierten Lagerscheins (**RG** SeuffA 67 Nr 152; OLG 26, 54), ebenso aus der Übergabe von Hinterlegungsurkunden über hinterlegte Wertpapiere (**RG** 2. 7. 06 IV 167/06; **RG** LZ 1916, 1007), aus einer Anweisung an den Lagerhalter (OLG 26, 53). Immer entscheiden die Umstände des einzelnen Falles (vgl. auch **RG** 54, 111). Auch stillschweigend kann abgetreten werden (**RG** 29. 1. 18 VII 368/17). Die Annahme freilich, daß bei entsprechender Sachlage schon in der Einigung über den Eigentumsübergang die Abtretung des Herausgabeanspruchs liege, geht zu weit. § 931 verlangt nebeneinander die Einigung und die Abtretung (vgl. A 4). Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 veräußert ist, kann dem neuen Eigentümer unter Berufung auf § 407 auch solche Einwendungen entgegensetzen, welche nach der Abtretung durch ein zwischen ihm und dem Veräußerer abgeschlossenes Rechtsgeschäft begründet werden, es sei denn, daß der Besitzer die Abtretung bei Vornahme des Rechtsgeschäfts kannte (**RG** 20. 6. 11 VII 600/10).

7. Traditionspapiere. Über die Ersetzung der Übergabe der Sache durch Übergabe des Lagerscheins, des Ladescheins, des Konnossements vgl. ferner HGB §§ 424, 450, 647, wegen der **Seeschiffe** HGB § 474.

8. Internationalprivatrechtliches. Bei einer Veräußerung, die dem deutschen Recht unterliegt, ist die Wirkung der Abtretung des Herausgabeanspruchs auch dann nach deutschem Rechte zu beurteilen, wenn die Ware sich noch auf dem Wege ins Inland befindet (**RG** 16. 9. 11 I 321/10).

§ 932

[1]) Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache[2]) nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß[3]) er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde,[4]) nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt[5]) hatte.

Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört[6]).

E I 877 II 846; M 3 344—347; P 3 206—211; 4 589; 590.

1. Erwerb vom Nichteigentümer. Hand muß Hand wahren. Erwerb durch guten Glauben. Die Vorschrift schützt den redlichen Erwerber vor den Folgen des Rechtsmangels auf seiten des Veräußerers dann, wenn er den Besitz von dem Veräußerer erlangt hat. Der veräußernde Nichteigentümer muß aber zur Zeit der Einigung noch Besitzer gewesen sein oder den Besitz vorher auf den Käufer übertragen haben (RG 72, 309). Der redliche Erwerber soll keinen Schaden davon haben, daß er den Besitzer für den Eigentümer gehalten hat (RG 73, 128). Die Vorschrift ist streng auf die Fälle des § 929 beschränkt (RG 9. 5. 1911 VII 56/10) und erleidet zugunsten des wahren Eigentümers eine wesentliche Einschränkung durch den § 935.

Beim Erwerb durch einen Stellvertreter kommt es auf den guten Glauben des Vertreters, nicht den des Vertretenen an (§ 166 Abs 1). Der Gerichtsvollzieher, der die Sache im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 897 Abs 1 ZPO wegnimmt, ist nicht Vertreter, seine Bösgläubigkeit ist unschädlich (RG JW 1914, 863[3]; RG 90, 193; 95, 152).

Nur der Mangel des Eigentums auf seiten des Veräußerers wird nachgesehen, nicht das Fehlen sonstiger Voraussetzungen für die Gültigkeit des Geschäfts, also nicht das Fehlen der Volljährigkeit, der Geschäftsfähigkeit (RG 22. 11. 10 VII 611/09), das Fehlen der Vollmacht des Vertreters (anders auf dem Gebiete des Handelsrechts; vgl. HGB § 366). Zweifelhaft könnte sein, ob nicht aus dem Schutze des gutgläubigen Erwerbers gegen den Mangel des Eigentums des Veräußerers auf den gleichen Schutz in dem Falle geschlossen werden muß, wenn dem Veräußerer nicht das Eigentum fehlt, sondern nur die Verfügung beschränkt ist. Im Falle der Verfügungsbeschränkung durch gesetzliches oder gerichtliches Veräußerungsverbot ist dem redlichen Erwerber im § 135 Abs 2 und im EG Art 61 ausdrücklich der Schutz gewährt, im Falle der Beschränkung der Verfügung der Ehefrau durch § 1404 dem redlichen Erwerber der Schutz versagt und nach § 7 KO muß auch dem, der ohne Kenntnis der Eröffnung des Konkursverfahrens einen zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand gutgläubig vom Gemeinschuldner erwarb, der Schutz versagt werden. Bei dem Schweigen des § 932 ist die aufgeworfene Frage zu verneinen. Wenn aber einer von mehreren Miterben entgegen den Vorschriften des § 2033 über einen Nachlaßgegenstand verfügt, so beruht die Unwirksamkeit einer derartigen Verfügung nicht sowohl auf dem Mangel der Verfügungsbefugnis als vielmehr auf dem Mangel des Alleineigentums, § 932 ist also anzuwenden (RG Warn 1918 Nr 212; RG 67, 27). Auch für öffentliche Versteigerungen gilt § 932; wer darin eine Sache ersteht und weiß, daß der Veranstalter Nichteigentümer ist, wird nicht Eigentümer (OLG 31, 325; vgl. auch § 935 Abs 2).

2. Sache. Die Grundsätze der §§ 932ff. erstrecken sich nicht auf den Erwerb von Forderungen (RG LZ 1917, 459[7]), nicht auf den Erwerb eines ganzen Geschäfts als eines Inbegriffs von Sachen und Rechten (RG 93, 227). Alles das sind keine Sachen im Sinne des BGB. Ebenso ist das Eigentum an der Nummer einer Kraftdroschke wohl eine wirtschaftlich verwertbare Macht, die wie ein Vermögensrecht wirkt, aber keine Sache (OLG 26, 65).

3. es sei denn, daß: diese Fassung zeigt, daß der Erwerber der Beweislast für seinen guten Glauben enthoben ist. Der Gegner hat ihm zu beweisen, daß er nicht in gutem Glauben war (RG Warn 1912 Nr 167). Anders liegt die Beweislast, wenn der hauptstädtische Bankherr trotz der ihm vom Provinzbankherrn gemachten Mitteilung, daß die übersandten Papiere fremde seien, auf Grund seines guten Glaubens an die Verfügungsbefugnis des Provinzbankherrn (§ 366 HGB) das allgemeine Pfandrecht an den Papieren erworben haben will (§ 8 des sogenannten Bankdepotgesetzes v. 5. 7. 96, RGBl 183). Dann muß er seinen guten Glauben beweisen (RG 87, 329; 71, 337).

4. Zeitpunkt des guten Glaubens ist der Zeitpunkt, in dem das Eigentum übergehen würde, wenn der Veräußerer wirklich Eigentümer wäre, also bei der aufschiebend bedingten oder

befristeten Übertragung der Zeitpunkt, an dem die Frist oder Bedingung sich erfüllt. Nur wenn er in diesem Zeitpunkt noch in gutem Glauben war, erlangt der Erwerber das Eigentum.

5. **von dem Veräußerer erlangt** d. h. von dem Veräußerer eingeräumt erhalten. Durch verbotene Eigenmacht erlangter Besitz kann nicht als „vom Veräußerer" erlangt angesehen werden.

6. **Grobe Fahrlässigkeit** ist eine besonders schwere Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (RG 4. 12. 11 IV 179/11; RG Warn 1913 Nr 325 u. 359). Ob solche vorliegt, ist von den Umständen des Falles abhängig. Ergeben sich hinreichende Verdachts- und Zweifelsgründe, und setzte sich der Erwerber über diese hinweg, um im Dunkeln zu bleiben, so muß ihm grobe Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden (RG 6. 2. 06 VII 248/05; 28. 12. 06 VII 105/06; RG Warn 1912 Nr 167). Aber auch sonst leichtsinniges Verhalten des Erwerbers kann ihn grob fahrlässig erscheinen lassen. So wenn ein Bankherr ein sicheres Papier von einem Unbekannten unter Preis erwirbt oder erst viel später fällig werdende Zinsscheine ohne die Mäntel (OLG 18, 138), oder wenn er Wertpapiere erwirbt, zu denen auffälligerweise die Zinsscheine fehlen (RG 58, 162). Grobe Fahrlässigkeit ist ferner ohne Beanstandung schon darin erblickt worden, daß der Käufer, ohne sich näher zu erkundigen, von einem, wie er wußte, stark verschuldeten Verkäufer eine neue Gastwirtschaftseinrichtung kaufte (RG 5. 1. 11 VII 241/10), daß er wertvolle Sachen von einem stark verschuldeten Vertragsgegner ohne nähere Prüfung des nicht weit zurückliegenden Erwerbsgeschäfts erwarb (RG 13. 10. 11 VII 69/11). Anderseits ist ausgesprochen, daß, wenn keine verdächtigen Umstände vorliegen, einem Bankherrn gegenüber Personen, die durch den Besitz von Inhaberpapieren zur Geltendmachung der Rechte daraus befugt erscheinen, nicht noch eine besondere Ausweisprüfung zugemutet werden kann (RG 67, 27). Wer die entscheidenden Tatsachen kennt, sie aber aus einem nicht selbst auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Rechtsirrtum falsch beurteilt, befindet sich in gutem Glauben (RG 74, 354; RG Warn 1914 Nr 253).

§ 933

Gehört eine nach § 930 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber Eigentümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird[1]), es sei denn, daß er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist.

E I 879 II 847; M 3 345; P 3 206—210

1. **Nachträglicher Eigentumserwerb durch gutgläubige Besitzerlangung.** Ist zum Zwecke der Eigentumsübertragung der Weg des § 930 eingeschlagen, also der unmittelbare Besitz dem Veräußerer vorbehalten, dem Erwerber nur der mittelbare Besitz eingeräumt, so gewährt das Gesetz dem gutgläubigen Erwerber nicht den gleichen Schutz wie im Falle des § 929. Der Erwerber wird trotz seines guten Glaubens, trotz der Einigung und trotz der Erlangung des mittelbaren Besitzes nicht Eigentümer. Die Vorschrift des § 933 bringt zum Ausdrucke, daß in einem solchen Falle der Erwerber nachträglich das Eigentum erlangt, wenn ihm nachträglich der unmittelbare Besitz vom Veräußerer eingeräumt wird. Der Grund ist der, daß nunmehr nachträglich die Voraussetzungen des § 929 vorliegen.

Der dingliche Vertrag, d. h. die Einigung über den Eigentumsübergang braucht in diesem Fall nicht wiederholt zu werden. Selbstverständlich ist nur, daß der bisherige mittelbare Besitz des Erwerbers auf Grund des Veräußerungsgeschäfts in unmittelbaren Besitz umgewandelt werden soll (RG 81, 141).

Unerläßliche Voraussetzung des nachträglichen Erwerbs ist also immer, daß eine Veräußerung nach § 930 vorausgegangen ist. Lag eine solche nicht vor, und erlangte der Erwerber den unmittelbaren Besitz nur auf Grund der irrigen Meinung, daß eine Veräußerung nach § 930 vorausgegangen sei, so findet § 933 keine Anwendung (RG 81, 141).

Dem nachträglichen Erwerb kommt keine rückwirkende Kraft zu. Man wird daher anzunehmen haben, daß er auch dann nach § 933 eintritt, wenn die Einigung über den Eigentumswechsel und die Einräumung des mittelbaren Besitzes an den Erwerber vor dem Inkrafttreten des BGB erfolgte, vorausgesetzt nur, daß die nach § 933 zum Eigentumswechsel führende Übergabe zeitlich unter das BGB fällt (Habicht, 3. Aufl., S. 380).

§ 934

Gehört eine nach § 931 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs, anderenfalls dann Eigentümer, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt, es sei denn, daß er zur Zeit der Abtretung oder des Besitzerwerbes nicht in gutem Glauben ist[1]).

E II 847; P 3 208—211; 6 263, 264, 335.

1. Schutz des redlichen Erwerbers im Falle der Eigentumsübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs. Wenn die nach § 931 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer gehört, so steht ihm auch der durch § 985 gewährte Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer — Anspruch a — nicht zu, den er abtritt und dessen Abtretung nach § 931 die Übergabe ersetzen könnte. Im übrigen umfaßt § 934 zwei verschiedene Fälle. Der erste erfordert einen wirklich bestehenden mittelbaren Sachbesitz, also auch den wirklichen Bestand eines auf einem der Rechtsverhältnisse im Sinne des § 868 beruhenden Herausgabeanspruchs des Veräußerers gegen den unmittelbaren Besitzer — Anspruch b —, der zweite sieht von diesem Erfordernis ab, setzt aber voraus, daß der unmittelbare Besitzer in ersichtlicher Anerkennung einer, sei es auf dem Eigentum, sei es auf einem Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 beruhenden Verpflichtung zur Herausgabe der Sache an den Veräußerer auf die Abtretung hin dem Erwerber den Besitz an der Sache einräumt. Geschützt wird in beiden Fällen das Vertrauen des Erwerbers auf das Eigentum des Veräußerers. Es stützt sich auf die Behauptung des Veräußerers, daß er Eigentümer sei, und im ersten Falle auf das dafür sprechende mittelbare Besitzverhältnis, im zweiten Falle auf die vom unmittelbaren Besitzer ausgehende Anerkennung einer allerdings nicht bestehenden Verpflichtung zur Herausgabe der Sache an den Veräußerer (RG 89, 348). Entsprechend sind die Folgen geregelt. Im ersten Fall überträgt der veräußernde Nichteigentümer durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs b seinen mittelbaren Besitz wirksam auf den Erwerber (§§ 870, 931 A 5) und macht diesen dadurch, sofern er nicht zur Zeit der Abtretung bösgläubig, sofort zum Eigentümer. Die Übertragung des mittelbaren Besitzes wirkt hier wie die Übertragung des unmittelbaren Besitzes im § 932. Im zweiten Falle bleibt die Abtretung des Herausgabeanspruchs zunächst überhaupt wirkungslos, erst die spätere Erlangung des Besitzes macht den Erwerber, sofern er nicht zu dieser Zeit bösgläubig, zum Eigentümer. Ohne Belang ist es im ersten Fall, ob der veräußernde Nichteigentümer der alleinige mittelbare Besitzer ist oder ob etwa hinter ihm noch weitere mittelbare Besitzer stehen (RG 12. 7. 10 VII 489/09), im zweiten Fall, ob der Veräußerer sich für den Eigentümer hält oder nicht. Der gute Glaube des Erwerbers wird geschützt, nicht der des Veräußerers (RG 89, 348). Keinen Unterschied kann es endlich nach dem Gesagten im zweiten Fall machen, ob der Erwerber den unmittelbaren oder den mittelbaren Besitz von dem Dritten erlangt (RG Gruch 53, 692; RG 89, 349), und ob der Dritte etwa Eigentümer der Sache ist oder nicht (RG Gruch 53, 692).

§ 935

[1]) **Der Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen[2]) worden, verloren gegangen[3]) oder sonst abhanden gekommen[4]) war. Das gleiche gilt, falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war.**

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden[5]).

E I 879 II 848; M 3 347—350; P 3 206, 213, 215; 5 724, 725; 6 233, 234.

1. Beschränkung des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers. Unter Abwägung der Schutzbedürfnisse einerseits des Eigentümers, anderseits des gutgläubigen Erwerbers schränkt das Gesetz den Schutz des letzteren auf die Fälle ein, in denen der Eigentümer selbst die Sache abhanden gegeben und so die Gelegenheit zur Veräußerung durch einen Dritten geschaffen, die Täuschung des gutgläubigen Erwerbers über das Recht des Veräußerers mitverursacht hat. Sind die Sachen dem Eigentümer ohne seinen Willen „abhanden gekommen", so soll er durch den gutgläubigen Erwerber nicht gefährdet sein.

2. Gestohlen d. h. durch Diebstahl im Sinne des § 242 StGB abhanden gekommen. Gestohlen im Sinne des § 935 sind auch solche Sachen, deren Entwendung zwar den äußeren Tatbestand des § 242 StGB erfüllt, aber wegen der besonderen Umstände nicht nach § 242, sondern nach § 248a, § 370 Nr 5 StGB geahndet werden kann. § 935 ist aber nur auf solche Gegenstände anwendbar, die unmittelbar durch die strafbare Handlung dem Verletzten entzogen worden sind, nicht auch auf Gegenstände, die der Täter unter Aufwendung des strafbar Erlangten in an sich rechtmäßiger Weise erworben hat (RG 28. 11. 16 VII 362/16).

Unterschlagung gehört nicht hierher. Für sie spielt neben dem — unmittelbaren — Besitz noch der strafrechtliche Begriff des Gewahrsams eine Rolle (§ 246 StGB). Da der Besitz nach § 854 in der tatsächlichen Gewalt über eine Sache besteht und der Gewahrsam das natürliche Herrschaftsverhältnis über eine Sache bezeichnet (RGSt 50, 183; 52, 143), so

decken sich beide Begriffe in weitem Umfange. Sie fallen erst auseinander, wo das BGB im Wege der Annahme als ob einen unmittelbaren Besitz als vorhanden ansieht, obgleich nach der natürlichen Auffassung eine tatsächliche Gewalt über die Sache nicht mehr besteht. Das geschieht noch nicht im § 856 Abs 2, denn eine vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt beseitigt auch den Gewahrsam nicht notwendig (RGSt 50, 183). Es geschieht aber im Rahmen des § 855. Die tatsächliche Gewalt des Besitzdieners beeinträchtigt an sich die tatsächliche Gewalt auch des Besitzers selbst in keiner Weise, beide können nebeneinander bestehen (RGSt 52, 143). Dann hat der Besitzer Besitz und Mitgewahrsam, der Besitzdiener Mitgewahrsam an der Sache. Es kann aber in solchem Verhältnis auch eine wirkliche tatsächliche Gewalt nur dem Besitzdiener zustehen (RG 52, 117). Diese wird dann kraft des § 855 dem Besitzer zugerechnet, so daß sie ihm den unmittelbaren Besitz gewährleistet. Sie kann ihm aber den Gewahrsam nicht verschaffen, da für ihn nur die natürlichen Verhältnisse, nicht rechtliche Annahmen in Betracht kommen. Dann hat also der Besitzer nur den unmittelbaren Besitz, der Besitzdiener allein den Gewahrsam. Unterschlagung setzt nun voraus, daß derjenige, der sich die Sache aneignet, sie bereits in seinem unmittelbaren Besitz oder in seinem alleinigen Gewahrsam hat. Wer unterschlägt, kann die Sache also dem andern nicht mehr wegnehmen im Sinne des § 242 StGB, d. h. er kann durch seinen Zugriff den unmittelbaren Besitz oder den Gewahrsam oder auch nur den Mitgewahrsam des andern nicht mehr brechen.

3. Verlorengegangen vgl. § 965.

4. Abhanden gekommen. Dieser Begriff gehört allein dem bürgerlichen Recht an. Nur der Verlust des unmittelbaren Besitzes kommt für ihn in Frage. Die strafrechtliche Unterscheidung zwischen unmittelbarem Besitz und Gewahrsam (vgl. A 2) ist für ihn ohne Bedeutung. Abhanden gekommen sind Sachen dann, wenn der unmittelbare Besitzer ohne seinen Willen den Besitz verloren hat. War der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer, so sind Sachen, die der unmittelbare Besitzer weggegeben hat, auch dann nicht „abhanden gekommen", wenn die Weggabe ohne und gegen den Willen des Eigentümers erfolgte (RG 54, 68). Wenn der Ehemann bei gesetzlichem Güterstand der Ehefrau eine Sache zu unmittelbarem Besitz überlassen, sie später aber ohne Zustimmung der Frau veräußert hat, so ist der Frau der Besitz nicht gegen ihren Willen entzogen, denn auf ihm beruht es, daß dem Mann das Verwaltungsrecht überhaupt zusteht, kraft dessen er ihr den Besitz entziehen durfte (OLG Stuttgart Recht 1917 Nr 1424). Da der Besitzdiener nicht Besitzer, der Eigentümer, der den Besitz mit Hilfe des Besitzdieners ausübt, vielmehr selbst unmittelbarer Besitzer ist, so kommt bei der Weggabe durch den Besitzdiener nur in Frage, ob sie mit dem Willen des Eigentümers als des Besitzherrn erfolgte. Die ohne oder gegen den Willen des Besitzers vom Besitzdiener weggegebenen Sachen sind also „abhanden gekommen" (RG 71, 248), und zwar auch dann, wenn der Besitzdiener sie nach § 246 StGB unterschlagen hat (vgl. A 2). Gegenstände ferner, die einzelne der zusammen besitzenden Miterben in der irrigen Meinung, Alleinerben zu sein, verschenkt haben, sind den anderen Miterben „abhanden gekommen" (OLG 26, 58).

Lag nur der Schein eines Weggebens mit Willen vor, z. B. im Falle der Weggabe durch einen willensunfähigen Geisteskranken oder einen ebensolchen Betrunkenen, so sind die Sachen abhanden gekommen (OLG 15, 356). Das gleiche wird für den Fall der Weggabe durch einen beschränkt Geschäftsfähigen anzunehmen sein und für den Fall der Weggabe zum Schein, weil in diesen Fällen eine wirksame Weggabe überhaupt nicht vorliegt (§§ 111, 117). Eine von Irrtum, Täuschung oder Drohung beeinflußte Weggabe aber, die nicht unwirksam, sondern nur anfechtbar ist, kann dem „Abhandenkommen" nicht gleichgestellt werden (SeuffA 60 Nr 150). Nach RG 20. 2. 12 VII 363/11 liegt ein Abhandenkommen nicht vor, wenn der Besitzer einer Sache eine nicht gegen den Eigentümer gerichtete Pfändung der Sache und ihr Fortschaffen durch den Gerichtsvollzieher in der irrigen Annahme zuläßt, zur Duldung der Amtshandlungen des Gerichtsvollziehers verpflichtet zu sein.

5. Geld, Inhaberpapiere, öffentlich versteigerte Sachen. An ihnen kann hiernach der redliche Erwerber — und nur dieser — nach §§ 932—934 auch dann das Eigentum erlangen, wenn sie gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen waren. Über die Beweisvermutung gegen den guten Glauben des Bankherrn im Falle des Erwerbs gestohlener, verlorener oder sonst abhanden gekommener Inhaberpapiere vgl. HGB § 367.

Geld, gleichviel ob Metallgeld oder Papiergeld, ob inländisches oder ausländisches. Zu verlangen ist nur, daß es sich um jetziges, d. h. um Geld handelt, das sich in einem Kulturstaat als anerkanntes Tauschmittel im Umlaufe befindet, und daß es im gegebenen Falle „als Geld", d. h. als solches Tauschmittel erworben ist und nicht etwa ohne Rücksicht auf seine Geldeigenschaft als Einzelstück (Schaumünze, Merkwürdigkeit).

Inhaberpapiere: Nur wahre Inhaberpapiere, d. h. Papiere, aus denen der Inhaber als solcher forderungsberechtigt ist. Auch für sie gilt, daß sie als Inhaberpapiere gegeben und genommen sein müssen. Haben Diebe gestohlene Inhaberpapiere in Unkenntnis ihres Wertes ohne Rücksicht auf das in ihnen verkörperte Forderungsrecht als Papier verkauft, so

können Käufer, die sie als solches gekauft haben, sich nicht auf § 935 Abs 2 berufen. Legitimationspapiere, Orderpapiere sind nicht Inhaberpapiere, letztere auch dann nicht, wenn sie durch Blankoindossament praktisch auf den Inhaber gestellt sind. Auf Namen umgeschriebene Inhaberpapiere sind nicht mehr Inhaberpapiere, aber auch solche Papiere sind nicht mehr Inhaberpapiere, denen infolge von Zeitablauf oder aus andern Gründen keine Forderung mehr zugrunde liegt.

Öffentliche Versteigerung vgl. § 383 Abs 3.

§ 936

Ist eine veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt das Recht mit dem Erwerbe des Eigentums. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte. Erfolgt die Veräußerung nach § 930 oder war die nach § 931 veräußerte Sache nicht im mittelbaren Besitze des Veräußerers, so erlischt das Recht des Dritten erst dann, wenn der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz der Sache erlangt[1] [2]).

Das Recht des Dritten erlischt nicht, wenn der Erwerber zu der nach Abs 1 maßgebenden Zeit in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist.

Steht im Falle des § 931 das Recht dem dritten Besitzer zu, so erlischt es auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht[3]).

1. **Schutz des gutgläubigen Erwerbs vor dinglichen Rechten.** An und für sich müssen dingliche Rechte vom Eigentumswechsel ihrer Natur nach unberührt bleiben. Denn sie sind Rechte an der Sache. Der Satz 1 des § 936 verneint auch nur scheinbar diesen Grundsatz. In Wirklichkeit schränkt er ihn lediglich für den Fall des gutgläubigen Erwerbs ein. Wie das Eigentum des wahren Eigentümers dem des gutgläubigen Erwerbers weichen muß, ebenso und unter den gleichen Voraussetzungen auch das dingliche Recht, mit dem die Sache belastet ist.

Der Erwerber ist nicht im guten Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache mit dem Rechte eines Dritten (Pfandrecht, Nießbrauch) belastet ist. Der gute Glaube wird vermutet, das Gegenteil ist nachzuweisen, der Beweis kann aber durch starke tatsächliche Vermutungen erleichtert werden. So beim Erwerb eines in der Mietwohnung befindlichen Einrichtungsgegenstandes ohne Rücksicht auf die Möglichkeit des Vermieterpfandrechts (RG JW 07, 672[5]).

Mit dem Erwerb des Eigentums durch den gutgläubig die Lastenfreiheit annehmenden Erwerber erlischt das dingliche Recht endgültig. Ein Wiederaufleben bei der Weitergabe an einen Nichtgutgläubigen hat nicht statt. Dagegen wird ein solches Wiederaufleben nicht auszuschließen sein, wenn die Sache zufolge Anfechtung oder Wandlung an den Veräußerer zurückgelangt.

2. **Besitzerwerb des Erwerbers als Voraussetzung des Schutzes.** Auch vor dinglichen Rechten ist der gutgläubige Erwerber nur dann geschützt, wenn er dieselben besonderen Anforderungen an seine Besitzerstellung erfüllt, die das Gesetz (§§ 932—934) für den Erwerb des Eigentums vom Nichteigentümer aufstellt. Für die Fälle des Erwerbs vom Nichteigentümer ergibt sich dies von selbst aus der Voraussetzung des Eigentumserwerbs. Für die Fälle des Erwerbs vom wahren Eigentümer ist es in Abs 2, 3 besonders ausgesprochen. Hat hiernach der Erwerber durch Besitzkonstitut des Veräußerers gemäß § 930 Eigentum erworben, so erlangt er die Befreiung von dem dinglichen Rechte nur dann und erst dann, wenn er auf Grund der Veräußerung auch den unmittelbaren Besitz eingeräumt erhält und sich dabei im guten Glauben befindet; hat er Eigentum nur durch Abtretung des Eigentumsanspruchs erworben, mittelbaren Besitz aber nicht erlangt, so wird er erst frei, wenn er auf Grund jener Abtretung auch noch den mittelbaren oder unmittelbaren Besitz erlangt. Hat er aber mit dem Eigentumsanspruch nach § 931 auch den mittelbaren Besitz erlangt, so wird die Sache sofort lastenfrei, wenn der Erwerber bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs den guten Glauben an die Lastenfreiheit hatte (RG 10. 6. 06 VII 46/06).

3. **Schranke des Schutzes an dem Besitze des dinglich Berechtigten.** Der unmittelbare Besitz der Sache durch den dinglich Berechtigten schützt das dingliche Recht vor dem redlichen Erwerber. Denn der Besitz des Dritten wirkt als äußeres Kennzeichen der dinglichen Belastung.

II. Ersitzung

§ 937

[1]) Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre[2]) im Eigenbesitze[3]) hat, erwirbt das Eigentum (Ersitzung)[4]).

Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht[5]).

E I 881 II 851; M 3 351, 352, 355; P 3 228—234.

1. **Allgemeines.** Das BGB läßt die Ersitzung als Erwerbsart zu für das Eigentum an beweglichen Gegenständen und an Grundstücken (§§ 900, 927), für den Nießbrauch an beweglichen Sachen (§ 1033) und für solche im Grundbuch eingetragene Rechte, die zum Besitze des Grundstücks berechtigen oder den gesetzlichen Besitzesschutz genießen (§ 900 Abs 2). Gemeinsam ist allen diesen Arten der Ersitzung der Gedanke des Rechtserwerbs durch langjährigen Besitz im Sinne des zu erwerbenden Rechtes. Für die Übergangszeit vgl. EG Artt 185, 169. Ob der neue Eigentümer dem früheren wegen ungerechtfertigter Bereicherung durch die Ersitzung nach § 812 zur Herausgabe verpflichtet ist, kann an dieser Stelle nicht ausgetragen werden. Vgl. dazu Oertmann im Recht 1910, 585.

2. **Fristberechnung** nach §§ 186—188.

3. **Eigenbesitz:** § 872. Zur Ersitzung ist notwendig, daß der Ersitzende während der Ersitzungszeit die Sache „als ihm gehörend besaß", gleichviel ob als unmittelbarer oder als mittelbarer Besitzer. Der Nachweis dieser Art des Besitzes wird sich in der Regel und am schlagendsten daraus ergeben, daß der Ersitzende den Besitz auf Grund einer Erwerbstatsache erlangte, die auf den Erwerb des Eigentums gerichtet war, und daß er von da an sich dieser Erwerbstatsache entsprechend verhielt. Unentbehrlich ist aber ein solcher Nachweis nicht. Auch wenn es unmöglich ist, eine bestimmte Erwerbstatsache nachzuweisen, kann doch aus dem eigentümergleichen Verhalten des Besitzers selbst auf dessen Eigenbesitz geschlossen werden. Das wird insbesondere nicht selten sein, wenn Eigenbesitz eines Rechtsvorgängers in Frage kommt.

4. **Ersitzbarkeit, Ersitzungsfähigkeit.** Von der Ersitzung ausgeschlossen ist durch das Gesetz keine bewegliche Sache. Fraglich kann sein, ob die vom EG (Artt 86, 87) zugelassenen landesgesetzlichen Erwerbsbeschränkungen der Ersitzung im Wege stehen. Soweit es sich hierbei um das Verbot des Erwerbs aus gewissen Erwerbsarten (Schenkungen, Zuwendungen von Todes wegen) handelt, wird zu sagen sein, daß die unter diesen Erwerbsarten nicht genannte Ersitzung nicht ausgeschlossen ist. Gehindert würde freilich der Erwerb durch Ersitzung dann, wenn er lediglich zur Deckung einer solchen nicht zugelassenen Erwerbsart vorgeschoben wäre. Denn er würde dann an dem im Abs 2 als Ausschließungsgrund für die Ersitzung aufgeführten Mangel des guten Glaubens scheitern.

5. **Der Mangel des guten Glaubens** muß dem, der sich auf die Ersitzung beruft, nachgewiesen werden. Nicht guten Glaubens ist im Sinne des § 937, wer weiß oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß ihn irgendwelche Umstände an dem Erwerb des Eigentums hindern. Dieser böse Glaube hindert die Ersitzung, wenn er bei dem Erwerb des Besitzes besteht. Zweifel des Eigenbesitzers beim Erwerb genügen zur Annahme der Bösgläubigkeit nur dann, wenn der Erwerber sich über sie grob fahrlässig hinwegsetzt (vgl. § 932 A 5). Ausgeschlossen wird die Ersitzung aber auch durch die nachträglich — nach der Erlangung des Eigenbesitzes, aber vor der Vollendung der Ersitzung — eintretende Erkenntnis des Eigentumsmangels. Fahrlässige Nichtkenntnis genügt in diesem Falle nicht.

6. **Ersitzung durch den Erbschaftsbesitzer:** Auch der Erbschaftsbesitzer ist an der Ersitzung der zur Erbschaft gehörenden Sachen nicht gehindert. Nur kann er auf diese Ersitzung sich dem Erben gegenüber solange nicht berufen, als nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist (§ 2026).

§ 938

Hat jemand eine Sache am Anfang und am Ende eines Zeitraums im Eigenbesitze gehabt, so wird vermutet, daß sein Eigenbesitz auch in der Zwischenzeit bestanden habe[1]).

E I 883 II 853; M 3 353; P 3 230.

1. **Gegenbeweis** zulässig § 292 ZPO.

§ 939

Die Ersitzung kann nicht beginnen und, falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt[1]) ist oder ihrer Vollendung die Vorschriften der §§ 206, 207 entgegenstehen[2]).

E I 884 II 853; M 3 353, 354; P 3 230, 231; 6 234, 235.

1. **Hemmungsgründe** §§ 202—204. Die Zeit der Hemmung ist infolge entsprechender Anwendung des § 205 in die Ersitzungsfrist nicht einzurechnen.
2. **Beweispflichtig** ist für das Hindernis, wer sich darauf beruft.

§ 940

Die Ersitzung wird durch den Verlust des Eigenbesitzes[1]) unterbrochen.

Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt[2]), wenn der Eigenbesitzer den Eigenbesitz ohne seinen Willen[3]) verloren und ihn binnen Jahresfrist[4]) oder mittels einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat[5]).

E I 885 II 854; M 3 354, 355; P 3 231, 232.

1. **Verlust des Eigenbesitzes** vgl. § 872 A 1 Abs 2. Wegen der Wirkung der Unterbrechung vgl. § 942.
2. **gilt als nicht erfolgt** d. h. der Ersitzende ist so zu behandeln, wie wenn die Unterbrechung nicht eingetreten wäre; die ganze Zeit vom Verluste des Eigenbesitzes bis zum Augenblicke der Wiedererlangung wird in die Ersitzungszeit eingerechnet.
3. **ohne seinen Willen verloren:** Der Fall liegt ähnlich wie der des § 935. In Betracht kommt zumeist, daß der Ersitzende nicht nur den Eigenbesitz, sondern den Besitz überhaupt dadurch verloren hat, daß ihm oder, wenn er mittelbarer Besitzer war, dem unmittelbaren Besitzer die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. Der Verlust auch des mittelbaren Besitzes durch Unterschlagung ist — im Gegensatz zu § 935 — nach § 940 zu berücksichtigen. Denkbar ist auch, daß der Eigentümer den Eigenbesitz verlor, ohne den Besitz zu verlieren. Auch darauf findet § 940 Anwendung.
4. **binnen Jahresfrist wiedererlangt,** gleichviel auf welche Weise.
5. **Durch eine binnen Jahresfrist erhobene Klage wiedererlangt:** gleichviel zu welcher Zeit.

§ 941

[1]) **Die Ersitzung wird unterbrochen, wenn der Eigentumsanspruch[2]) gegen den Eigenbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer[3]) gerichtlich geltend gemacht[4]) wird, der sein Recht zum Besitze von dem Eigenbesitzer ableitet; die Unterbrechung tritt jedoch nur zugunsten desjenigen ein, welcher sie herbeiführt[5]). Die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 209 bis 212, 216, 219, 220 finden entsprechende Anwendung[6]).**

E I 887 II 855; M 3 355, 356; P 3 234, 235; 4 585, 586; 6 236, 237.

1. **Unterbrechung der Ersitzung durch Geltendmachung des Eigentumsanspruchs.** Diese Ersitzungsunterbrechung ist ihrem Grunde und ihrer Art nach nahe verwandt mit der Unterbrechung der Verjährung des Eigentumsanspruchs, aber mit ihr nicht zu verwechseln. Beide laufen nebeneinander. Die Erhebung des Eigentumsanspruchs unterbricht in der Regel Ersitzung und Verjährung.
2. **Eigentumsanspruch.** Nur der geltend gemachte Eigentumsanspruch — § 985 — unterbricht, nicht auch der in den §§ 861, 862, 1007 ohne Rücksicht auf das Eigentum gewährte Anspruch auf Einräumung des Besitzes. Unterbrechend wirkt auch nur die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs, d. h. die Geltendmachung des wirklich bestehenden Eigentumsanspruchs. Wer nur als vermeintlicher Eigentümer, ohne es wirklich zu sein, gegen den Eigenbesitzer den Eigentumsanspruch erhoben hat, kann sich, wenn er später, etwa durch Abtretung des Eigentumsanspruchs seitens des wirklichen Eigentümers, Eigentümer geworden ist, auf die früher ungerechtfertigterweise erhobene Eigentumsklage für die Behauptung der Unterbrechung der Ersitzung nicht berufen.
3. **Der Fall des mittelbaren Eigenbesitzes:** vgl. § 868. Hat der Eigenbesitzer die Sache vermietet, verpachtet, zu Nießbrauch ausgegeben, so kann nach § 985 der Eigentumsanspruch

sowohl gegen den nur mittelbar besitzenden Eigenbesitzer als auch gegen den seinen mittelbaren Besitz als unmittelbarer Besitzer vermittelnden Mieter, Pächter, Nießbraucher usw. geltend gemacht werden. Der Wortlaut des § 941 könnte dazu verleiten, anzunehmen, daß in solchem Falle nur die Klage gegen den besitzvermittelnden Mieter, Pächter oder Nießbraucher die Ersitzung unterbreche. Dies würde jedoch dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen. Die Vorschrift muß dahin verstanden werden, daß im Falle des mittelbaren Eigenbesitzes sowohl die Eigentumsklage gegen den nur mittelbar besitzenden Eigenbesitzer als auch die Eigentumsklage gegen den besitzvermittelnden Mieter, Pächter, Nießbraucher die Ersitzung unterbricht. Nicht erforderlich ist auf seiten des Eigentümers, daß er bei der Geltendmachung seines Eigentumsanspruchs gegen den besitzvermittelnden Mieter, Pächter oder Nießbraucher den mittelbaren Eigenbesitzer und das Besitzvermittlungsverhältnis kennt. Auch wenn er den Pächter in der Meinung verklagt, dieser sei Eigenbesitzer, unterbricht die Klage die Ersitzung des Eigenbesitzers. Anderseits unterbricht die Klage auch dann die Ersitzung, wenn der mittelbare Eigenbesitzer von ihr überhaupt nichts erfährt.

Der Versuch der Geltendmachung des Eigentumsanspruchs gegen den „Besitzdiener" (§ 855) unterbricht die Ersitzung nicht. Auch die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs gegen einen dritten Zwischenbesitzer, der den Eigenbesitzer vorübergehend aus dem Besitze verdrängt hat (§ 940 Abs 2), unterbricht die Ersitzung gegen den Eigenbesitzer nicht (so auch Planck, Staudinger gegen Prot 3, 235).

4. gerichtlich geltend gemacht. Außergerichtliche Geltendmachung, Aufforderung zur Anerkennung des Anspruchs wirkt also nicht unterbrechend. Aber auch die Anerkennung des Anspruchs hat diese Wirkung nicht. Sie wird freilich dann, wenn sie vom Eigenbesitzer selbst ausgeht, nach § 937 Abs 2 in der Regel eine weitergehende Wirkung haben, nämlich die der (endgültigen) Ausschließung der Ersitzung durch die Erkenntnis des Eigentumsmangels. Darüber, welche Rechtshandlungen unter den Begriff der gerichtlichen Geltendmachung fallen, vgl. A 6.

5. Beschränkte Wirkung der Ersitzungsunterbrechung. Im Gegensatze zu der Unterbrechung durch Verlust des Eigenbesitzes (§ 940 Abs 1), die dem Eigentümer auch dann zustatten kommt, wenn er sie nicht bewirkt hat, nützt die Unterbrechung durch Geltendmachung des Eigentumsanspruchs dem Eigentümer nur dann, wenn er sie herbeigeführt hat. Das ist indessen nicht ganz wörtlich zu nehmen. Im Falle der Rechtsnachfolge in das Eigentum kommt dem Rechtsnachfolger die Klagerhebung seines Vorgängers gegen den Eigenbesitzer zugute, wie wenn er die Unterbrechung selbst herbeigeführt hätte. Die Klage eines Miteigentümers in Ansehung der ganzen Sache wirkt nicht nur für ihn, sondern auch zugunsten der übrigen Miteigentümer, da er nach § 1011 auf Grund gesetzlicher Vertretungsmacht handelt (vgl. A 1 das.).

6. Entsprechende Anwendung von Verjährungsvorschriften. Für entsprechend anwendbar erklärt sind aus dem Rechte der Verjährung Vorschriften darüber, welche Rechtsakte unter den Begriff der gerichtlichen Geltendmachung fallen, und darüber, wie lange die Unterbrechung dauert und unter welchen Voraussetzungen sie als nicht erfolgt gilt, d. h. mit rückwirkender Kraft wegfällt. Unter den Begriff der gerichtlichen Geltendmachung fällt in erster Linie die Klage auf Herausgabe oder auf Feststellung des Eigentums, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel und auf Erlassung des Vollstreckungsurteils (§ 209 Abs 1), in gewissen Fällen die Angehung der Behörde zur Vorentscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs und zur Bestimmung des zuständigen Gerichts (§ 210), endlich die Vornahme einer Vollstreckungshandlung und die Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung bei Gericht (§ 209 Nr 5). Die im § 209 Abs 2 Nr 1—4 aufgeführten Rechtsakte können beim Eigentumsanspruch ihrer Art nach nicht in Frage kommen, die Anmeldung des Anspruchs im Konkurse insbesondere deshalb nicht, weil der Aussonderungsanspruch nicht im Wege des Konkursverfahrens, sondern nur außerhalb desselben auf dem Wege gewöhnlichen Rechtes gegen den Konkursverwalter geltend zu machen ist (KO § 43) und daher von Wirkungen der Anmeldung im Sinne der KO nicht gesprochen werden kann. Wird der Eigentumsanspruch als Aussonderungsanspruch gegen den Konkursverwalter geltend gemacht, so wirkt diese Klage auch gegen den Gemeinschuldner ebenso ersitzungsunterbrechend, wie wenn sie gegen ihn selbst erhoben wäre.

Fraglich kann sein, ob die Unterbrechung durch Klagerhebung auch dann eintritt, wenn der Kläger zur Zeit der Erhebung der Klage noch nicht Eigentümer war, aber während des Rechtsstreits das Eigentum erworben hat. Die Frage wird zu verneinen sein, wenn die nachträgliche Geltendmachung des neuen Erwerbsgrundes im Rechtsstreite als unzulässige Klageänderung zurückgewiesen wird (ZPO § 264). In diesem Falle tritt Unterbrechung der Ersitzung (falls nicht inzwischen der Eigenbesitzer sein Unrecht erkannt hat und dadurch von der Ersitzung ausgeschlossen ist) erst mit der Klagerhebung aus dem neuen Klagegrund ein. Wird aber die Klageänderung nicht als unzulässig erachtet, so ist anzunehmen, daß die Wirkung der Unterbrechung der Ersitzung vom Augenblicke der Änderung ab eintritt.

§ 942

[1]) **Wird die Ersitzung unterbrochen, so kommt die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit nicht in Betracht; eine neue Ersitzung kann erst nach der Beendigung der Unterbrechung[2]) beginnen.**

E I 885 II 856; M 3 354; P 3 232, 233.

1. **Wirkung der Unterbrechung.** Wie nach § 217 bei der Verjährung, so hat auch bei der Ersitzung die Unterbrechung — und zwar nicht nur die Unterbrechung durch Klagerhebung, sondern auch die Unterbrechung durch Besitzverlust —, sofern sie nicht wegen rechtzeitigen Wiedergewinns des Besitzes (§ 940 Abs 2) oder wegen Zurücknahme der Klage oder Ruhenlassens der Verfolgung des Eigentumsanspruchs (§§ 211, 212, 216) als nicht erfolgt gilt, die Wirkung, daß nicht nur die Zeit während der Unterbrechung, sondern auch die ganze vor der Unterbrechung gelegene Besitzzeit in die Ersitzungsfrist nicht eingerechnet werden darf. Ein Zusammenrechnen unterbrochener Ersitzungszeiten findet unter keinen Umständen statt im Gegensatze zum Falle der Hemmung (§ 939).

2. **Beendigung der Unterbrechung.** Wann die Unterbrechung beendigt ist, ergibt sich aus den §§ 211, 219, 220.

§ 943

Gelangt die Sache durch Rechtsnachfolge[1]) in den Eigenbesitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers[2]) verstrichene Ersitzungszeit[3]) dem Dritten zustatten.

E I 882 II 857, 858; M 3 353; P 3 270; 5 653, 654.

1. **Rechtsnachfolge.** Gleichviel ob allgemeine Rechtsnachfolge (Erbfolge § 857) oder Sondernachfolge, immer aber Rechtsnachfolge. Hat der Eigenbesitzer durch Eigenmacht oder sonst außerhalb des Falles der Rechtsnachfolge den Besitz erlangt, so wird ihm die Ersitzungszeit dessen, der vor ihm besaß, nicht angerechnet. Die Fälle der Ersitzungsfortsetzung durch Sondernachfolge werden mit Rücksicht auf die §§ 932—934 BGB, außer bei gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen, nur noch selten vorkommen.

2. **Rechtsvorgänger.** Mag er es unmittelbar oder entfernter sein.

3. **Ersitzungszeit:** nicht die Besitzzeit schlechthin, sondern nur diejenige Zeit des Besitzes, welche auch für den Vorgänger als Ersitzungszeit in Betracht kam. War daher der Vorgänger nicht in gutem Glauben oder seine Ersitzung gehemmt oder unterbrochen, so kann insoweit auch seine Besitzzeit nicht dem Nachfolger zustatten kommen.

§ 944

Die Ersitzungszeit, die zugunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, kommt dem Erben zustatten[1]).

E II 858; P 3 236, 237.

1. **Anrechnung der Ersitzungszeit des Erbschaftsbesitzers.** Nach § 857 geht der Besitz auf den Erben als Rechtsnachfolger des Erblassers über. Tritt ein Dritter mit der Behauptung, Erbe zu sein, dazwischen und bemächtigt sich der Erbschaftssache, so ist der Erbe aus dem Besitze durch Eigenmacht verdrängt. Erlangt er auf Grund des Erbschaftsanspruchs die Sache wieder, so erlangt er sie vom Erbschaftsbesitzer nicht durch Rechtsnachfolge. Der Besitzzusammenhang ist also seit dem Eintreten des Erbschaftsbesitzers zweifach unterbrochen, die Ersitzung des Erben könnte demzufolge erst mit dem Augenblicke beginnen, in dem er nach Verdrängung des Erbschaftsbesitzers den Besitz selbst wiedererlangt. Dem will § 944 zugunsten des Erben entgegentreten. Die zweifache Unterbrechung des Besitzes soll als nicht vorhanden angesehen werden. Hieraus folgt zunächst, daß es für den Fall des § 944 nicht darauf ankommen kann, ob der Erbschaftsbesitzer an sein Erbrecht geglaubt hat, sondern nur darauf, ob er den Eigenbesitz in dem Glauben geübt hat, daß die Sache als Eigentum des Erben zur Erbschaft gehöre; denn es würde dem Endzwecke der Begünstigung des wahren Erben widersprechen, wollte man annehmen, daß er gerade dann einen geringeren Schutz genießen sollte, wenn der Erbschaftsbesitzer nicht an sein Erbrecht geglaubt hat. Und daraus folgt weiter, daß der Beginn der Ersitzungszeit auch auf die Besitzzeit des Erblassers zurückgeführt werden kann, wenn dieser im Ersitzungsbesitze war. Als möglich ist es endlich auch anzusehen, daß sich die Ersitzung während der Besitzzeit des Erbschaftsbesitzers vollendet. Dies ergibt sich aus dem Zusammenhange mit § 2026. Denn wenn dort gesagt ist, daß vor der Verjährung des Erbschaftsanspruchs der Erbschaftsbesitzer dem Erben gegenüber die Ersitzung der Erbschaftssache nicht geltend machen kann, so wird damit ausgesprochen, daß die Ersitzung an sich zugunsten des Erbschaftsbesitzers beendet sein kann. Sonst dürfte er sich Dritten gegenüber nicht auf

die Ersitzung berufen, und das läßt § 2026 zu (vgl. A 1 das.). Der Erbschaftsbesitzer kann aber das Eigentum durch Ersitzung nur erwerben, wenn er im guten Glauben an sein Erbrecht ist. Andernfalls weiß er, daß ihm das Eigentum nicht zusteht (§ 937 Abs 2). Wenn also der Erbschaftsbesitzer mit dem aus der Erbschaft Erlangten auch die betreffende Sache an den Erben herausgibt (§ 2018), so ist zweierlei möglich. Entweder befand sich der Erbschaftsbesitzer im guten Glauben an sein Erbrecht und hat deshalb das Eigentum an der Sache für sich erworben, oder er war insoweit schlechtgläubig und hat das Eigentum deshalb nicht erworben, weder für sich noch etwa für den Erben. Für diesen schon deshalb nicht, weil er ihn nicht vertritt.

Der Erbe empfängt in dem zweiten Fall also eine Sache, die noch im Eigentum des Dritten steht, er erwirbt aber selbst das Eigentum daran durch Ersitzung, sobald er den Besitz erlangt. Das folgt aus obigen Darlegungen. In dem ersten Fall hat zwar der Erbschaftsbesitzer die Ersitzung beendigt und selbst Eigentum erworben mit der Wirkung, daß der dritte Eigentümer sein Eigentum verloren hat, aber bei der Herausgabe der Sache an den Erben überträgt er das ersessene Eigentum nicht auf diesen. Der Erbe wird nicht der Rechtsnachfolger des Erbschaftsbesitzers, im Verhältnis zum Erben gilt dieser überhaupt nicht als Eigentümer der Sache (§ 2026). Auch für den ersten Fall ist daher anzunehmen, daß der Erbe mit der Erlangung des Besitzes an der Sache das Eigentum ebenso selbständig durch eigene Ersitzung erwirbt wie in dem oben erörterten zweiten Fall.

§ 945

[1]) Mit dem Erwerbe des Eigentums durch Ersitzung erlöschen die an der Sache vor dem Erwerbe des Eigenbesitzes begründeten Rechte Dritter, es sei denn, daß der Eigenbesitzer bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes in Ansehung dieser Rechte nicht in gutem Glauben[2]) ist oder ihr Bestehen später[3]) erfährt. Die Ersitzungsfrist muß auch in Ansehung des Rechtes des Dritten verstrichen sein; die Vorschriften der §§ 939 bis 944 finden entsprechende Anwendung[4]).

E I 889 II 860; M 3 356; P 3 237, 238.

1. **Erlöschen der Rechte Dritter durch Ersitzung.** Während § 936 an den Erwerb des Eigentums durch Übertragung ohne weiteres die Rechtsnachfolge des Erlöschens der dem Erwerber entschuldbar unbekannten Rechte Dritter an der Sache knüpft, gewährt § 945 für den Fall des Eigentumserwerbs durch Ersitzung dem Erwerber die Befreiung von den Rechten Dritter nur dann, wenn er die Freiheit von diesen Rechten in gleicher Art ersessen hat wie das Eigentum. Ist so einerseits die Freiheit von den Rechten Dritter nicht notwendige Folge der Ersitzung des Eigentums, so ist doch anderseits die Ersitzung des Eigentums notwendige Voraussetzung der Befreiung von den Rechten Dritter nach § 945. Würde darum auch die Ersitzungsfrist in Ansehung des Rechtes abgelaufen und der gute Glaube des Eigenbesitzers in Ansehung des Rechtes gegeben sein, so wäre doch § 945 nicht anwendbar, wenn die Ersitzung des Eigentums nicht außer Frage stände. Der Dritte kann also gegen die Ausschließung seines Rechtes alle Gründe geltend machen, die gegen die Annahme der Vollendung der Ersitzung des Eigentums sprechen.

2. **Guter Glaube in Ansehung des Rechtes:** es darf dem Erwerber nicht bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen sein (vgl. § 932 Abs 2), daß das Recht bestand. Der Mangel des guten Glaubens ist ihm nachzuweisen.

3. **später:** aber nicht nach Ablauf der Ersitzungsfrist für das Recht.

4. **entsprechende Anwendung:** außer den ausdrücklich genannten Vorschriften wird auch noch § 936 Abs 3 entsprechend anzuwenden sein. Denn in dieser Vorschrift kommt der allgemeine Gedanke zum Durchbruch, daß der Inhaber eines Rechtes an der Sache durch deren unmittelbaren Besitz vor den rechtszerstörenden Wirkungen des gutgläubigen Erwerbs gesichert sein soll. Gilt dies schon beim Erwerb durch Übertragung vom Nichteigentümer, so muß es um so mehr gelten beim Erwerb des Eigentums durch Ersitzung.

III. Verbindung Vermischung Verarbeitung

§ 946

[1]) Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstücke dergestalt verbunden[2]), daß sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, so erstreckt sich das Eigentum an dem Grundstück auf diese Sache[3])[4]).

E I 890 II 861; M 3 358, 359; P 3 238.

1. Verbindung beweglicher Sachen mit Grundstücken. In den §§ 946, 947 sind für den Erwerb und Verlust des Eigentums die Schlußfolgerungen aus den Grundsätzen gezogen, die in den §§ 93, 94, 95 über die Bestandteilseigenschaft aufgestellt sind. Es ist deshalb vor allem auf die Erläuterungen zu diesen Paragraphen zu verweisen. Der § 946 entspringt überdies dem Gedanken, daß gegenüber einer beweglichen Sache, die mit einem Grundstücke verbunden wird, stets das Grundstück als Hauptsache anzusehen ist.

2. Art der Verbindung: Zu unterscheiden ist hier zwischen einem äußeren und einem inneren Tatbestande der Verbindung. Regelmäßig entscheidend ist der äußere Tatbestand, der rein tatsächliche Vorgang der körperlichen Vereinigung (Heilborn, Die rechtsgestaltende Kraft der Sachverbindung, 1909), der Umstand, daß die bewegliche Sache mit dem Grund und Boden (durch Einbauen, Einpflanzen, Aussäen oder in anderer Weise) fest verbunden wird, und zwar so, daß eine Trennung nicht möglich ist, ohne daß die verbundenen Teile zerstört oder in ihrem Wesen verändert werden (§§ 93, 94). Die der Verbindung zugrunde liegenden Willensvorgänge dagegen sind in den meisten Fällen belanglos (RG 94, 129). Belanglos ist insbesondere, ob die Verbindung in der Absicht erfolgt, dadurch eine Rechtsänderung herbeizuführen. So RG 51, 80 im Falle der Aussaat durch einen Geisteskranken auf einem fremden Acker. Gleichgültig ist ferner, ob der die Verbindung Herstellende zur Verfügung über die Sache berechtigt war oder sich berechtigt glaubte. Auch der Dieb erwirbt Eigentum an dem gestohlenen Bauholze, das er in sein Haus einbaut, durch die Verbindung (RGSt GoltdArch 54, 300). Selbst dem Umstande, daß der Eigentümer des Grundstücks den andern durch die Vorspiegelung, ihm das Grundstück übereignet zu haben, arglistig verlockt hatte, darauf zu bauen, konnte gegenüber der zwingenden Vorschrift des Eigentumsübergangs auf den Grundstückseigentümer kein Gewicht beigemessen werden (RG JW 04, 139[3]). Nur in drei besonderen Fällen berücksichtigt das Gesetz den Willen des Verbindenden gegenüber der äußeren Tatsache der Verbindung. Wenn eine bewegliche Sache nur zu vorübergehendem Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden wird und wenn die Verbindung in Ausübung eines Rechtes an dem Grundstücke erfolgt (§ 95), bewirkt die Verbindung keinen Eigentumswechsel. Fällt nachträglich die hindernde Zweckbestimmung weg, so tritt die Rechtswirkung der Verbindung in Kraft. So RG 16. 10. 09 V 556/08 in einem Falle, in dem eine zu vorübergehendem Zwecke auf einem Grundstücke festeingebaute Wellblechbaracke nach Erschöpfung des Zweckes dort dauernd belassen wurde. Im dritten Falle aber ist eine den Eigentumswechsel bewirkende Verbindung der beweglichen Sache mit dem Grundstück infolge der besonderen Zweckbestimmung auch dann anzunehmen, wenn es an der Voraussetzung der Untrennbarkeit fehlt, nämlich in dem Falle, daß die bewegliche Sache „zur Herstellung eines Gebäudes", das selbst Grundstücksbestandteil ist, „eingefügt" wird (§ 94 Abs 2). Aber auch in diesem Falle ist unbedingt vorausgesetzt, daß nach der allgemeinen Verkehrsauffassung und den besonderen Umständen infolge der Verbindung nur eine Sache in der Gestalt des Gebäudes vorliegt. So in der am meisten umstrittenen Frage der Bestandteilseigenschaft von Maschinen in Fabriken (RG 56, 290; 60, 423; 62, 252; 63, 173, 416; 67, 30; 69, 152; RG JW 1912, 128[1]; 1914, 238; Warn 09 Nr 58, 59; 1910 Nr 97, 190). Die Netze der Kabel- und Gasleitungen werden nicht Bestandteile der Anstaltsgrundstücke, auch nicht der Grundstücke, in denen die einzelnen Teile liegen, sie bleiben regelmäßig selbständige bewegliche Sachen (RG SeuffA 71 Nr 2, 78) und erleiden deshalb durch Einsenkung in fremde Grundstücke in ihren Eigentumsverhältnissen keine Veränderung.

3. Erstreckung des Eigentums an dem Grundstück auf die Sache: d. h. es wird nunmehr der Grundstückseigentümer als solcher auch Eigentümer der bis zur Verbindung beweglichen und selbständigen Sache und der seitherige Eigentümer der letzteren verliert sein Eigentum endgültig. Nicht aber ist anzunehmen, daß an dieser Stelle des Gesetzes durch die eigenartige Fassung zum Ausdrucke gebracht werden sollte, auch dann, wenn der die Verbindung Herstellende zugleich Eigentümer des Grundstücks und der beweglichen Sache ist, habe die Verbindung zur Folge, daß nur mehr das Eigentum an dem Grundstück in Betracht kommt. Diese Frage ist ausschließlich nach den §§ 93 ff. zu beantworten.

Die Vorschrift, daß die Verbindung den Eigentumswechsel bewirkt, ist zwingend. Auch eine Vereinbarung, daß dem bisherigen Eigentümer an der mit dem Grundstücke zu verbindenden Sache das Eigentum vorbehalten und das Recht zur Wiederwegnahme eingeräumt werden soll, kann den Verlust des Eigentums an der beweglichen Sache durch die Verbindung nicht hindern (RG 73, 333). Die Verbindung muß aber auch stattfinden. Werden unfertige Fenster- und Türflügel versuchsweise eingehängt, um festzustellen, ob sie passen, und dann wieder herausgenommen, so ist das regelmäßig keine Verbindung im Sinne des § 946 (RG LZ 1915, 212). Der Eigentumsvorbehalt an angelieferten Bauteilen (Türen, Fenstern) ist also nicht völlig gegenstandslos (RG 19. 1. 14 VI 570/13).

4. Verbindung mit mehreren Grundstücken. In Frage kommt hier hauptsächlich das Überbauen mehrerer Grundstücke mit einem Gebäude. Erfolgt dieses Überbauen in Ausübung eines Rechtes an den Grundstücken (§ 95 Abs 1), so werden die Gebäude durch die Verbindung nicht Bestandteile der Grundstücke, § 946 ist also nicht anwendbar. Das gleiche

hat zu gelten, wenn der Eigentümer eines Grundstücks ohne ein solches besonderes Recht über die Grenze gebaut hat und der Nachbar nach Lage des Falles gemäß § 912 verpflichtet ist, den Überbau zu dulden (RG 83, 147). Auch dieser Überbau wird nicht Bestandteil des Nachbargrundstücks, denn er besteht auf Grund des Rechtes, die Duldung zu verlangen. Erwirbt später der Grundstückseigentümer das überbaute Nachbargrundstück zu Eigentum, so wird der hinübergebaute Gebäudeteil nur dann Bestandteil dieses Grundstücks, wenn der Grundstückseigentümer den entsprechenden Willen äußert, etwa indem er den Überbau als Bestandteil auf dem Grundbuchblatt des überbauten Grundstücks vermerken läßt (RG 83, 149). Liegt ein Überbaufall nach §§ 912 oder 95 nicht vor, so fällt der Überbau und mit ihm fallen die in ihn eingefügten beweglichen Sachen nach Maßgabe des Laufes der Grenze als Bestandteile der Grundstücke in das Eigentum der einzelnen Grundstückseigentümer (RG 65, 361; 70, 200; RG 21. 12. 10 V 49/10; RG JW 1912, 129[2]). Daß in diesem Falle für die beiden Grundstückseigentümer eine Gemeinschaft im Sinne der §§ 741, 751 entstehe, verneint das Reichsgericht. Das wird man billigen müssen, ohne daß man anzuerkennen brauchte, daß infolge des Sondereigentums an den Gebäudeteilen jeder der beiden Grundstückseigentümer mit seinem Teil ganz ohne Rücksicht auf den Nachbar verfahren könnte. Die Anwendung des § 226 wird hier zu angemessenen Ergebnissen führen. Wegen der vertragsmäßig mit auf das Nachbargrundstück gesetzten Giebelmauer vgl. A 5 zu § 95.

§ 947

[1]) [2]) [3]) Werden bewegliche Sachen miteinander dergestalt verbunden, daß sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, so werden die bisherigen Eigentümer Miteigentümer dieser Sache; die Anteile bestimmen sich nach dem Verhältnisse des Wertes, den die Sachen zur Zeit der Verbindung haben.

Ist eine der Sachen als die Hauptsache anzusehen, so erwirbt ihr Eigentümer das Alleineigentum.

E I 891 II 862; M 3 359; P 3 238, 239.

1. Verbindung beweglicher Sachen mit anderen beweglichen Sachen: Auch hier sind die Anforderungen an den äußeren Tatbestand der Verbindung die gleichen wie bei der Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstücke. Für den inneren Tatbestand aber kommen nur bezüglich derjenigen Gebäude, die nicht ihrerseits Grundstücksbestandteile sind, die Sätze des § 94 Abs 2 und des § 95 Abs 2 in Betracht. Vgl. daher § 946 A 2.

Geht neben der Verbindung eine Bearbeitung einher und ist diese von solcher Bedeutung, daß eine Verarbeitung angenommen werden muß, so ist nicht § 947, sondern § 950 anzuwenden. Durch menschliche Tätigkeit braucht die Verbindung oder Vermischung im Sinne der §§ 947, 948 nicht zu erfolgen (RGSt LZ 1914, 397).

2. Wirkung der Verbindung: Abweichend vom § 946 sind hier zwei Fälle zu unterscheiden. Entweder es kann keine der beiden verbundenen Sachen als die Hauptsache betrachtet werden, dann entsteht eine neue Sache, deren Bestandteile die verbundenen Sachen sind. Diese selbst aber sind nach der Verbindung als selbständige Sachen nicht mehr vorhanden. Für diesen Fall bestimmt das Gesetz, daß die Eigentümer der vormals selbständigen Sachen nun nach dem Wertverhältnisse Miteigentümer werden. Ist aber eine der verbundenen Sachen die Hauptsache, dann entsteht eine neue Sache überhaupt nicht, sondern die Nebensache geht durch die Verbindung als Bestandteil in der Hauptsache auf, und das Eigentum an der Hauptsache erstreckt sich auf die damit verbundene Nebensache. Ob das Verhältnis von Hauptsache zu Nebensache vorliegt und welche der Sachen Hauptsache ist, dafür gibt es keine allgemein gültigen Regeln. Insbesondere ist dafür auch nicht der überwiegende Wert notwendig entscheidend. Die Entscheidung ist vielmehr in Würdigung der besonderen Umstände des Falles nach der allgemeinen Verkehrsauffassung zu treffen. Die in eine Briefmarkensammlung eingeklebte Briefmarke ist Nebensache (SeuffA 73 Nr 121).

3. Die dinglichen Wirkungen der Verbindung treten unabhängig von dem Willen und sogar gegen den Willen der etwa dabei tätigen Menschen ein (RG 94, 129). Abweichende Abreden können nur wirksam werden, wenn die sachenrechtlichen Formen ihrer Durchführung erfüllt werden (§§ 929ff.; vgl. § 948 A 2).

§ 948

Werden bewegliche Sachen[1]) miteinander untrennbar[3]) vermischt oder vermengt[2]), so finden die Vorschriften des § 947 entsprechende Anwendung[4]) [5]).

Der Untrennbarkeit steht es gleich, wenn die Trennung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde.

E I 892 II 863; M 3 359, 360; P 3 239.

1. **Bewegliche Sachen** aller Art. So zusammengeschüttetes Getreide (**RG** 3. 1. 06 I 306/05; 307/05; **RG** 67, 421), durcheinander gekommene Bohlen (**RG** 4. 5. 06 VII 407/05, Geld (**RG**St Warn 1918 Nr 117; **RG** 9. 7. 06 VI 567/05). Auch Tiere sind nicht ausgeschlossen. Wegen des Lagergeschäfts vgl. § 419 HGB.

2. **werden . . . vermischt oder vermengt:** die Vermischung oder Vermengung braucht nicht durch menschliche Tätigkeit zu erfolgen (vgl. § 947 A 1). Gießt der eine Eigentümer seinen Wein zu dem des andern, um diesem einigungsgemäß das Eigentum zu übertragen, so geht das Eigentum nach § 929 Satz 1 über, wenn der Erwerber unmittelbarer Besitzer seines Weines ist, nach § 930, wenn der Erwerber nur mittelbarer Besitzer seines Weines ist, sich dieser etwa im Keller des Veräußerers zur Aufbewahrung befindet. Miteigentum nach § 948 entsteht dann nicht (vgl. § 947 A 3). Im übrigen ist bei der Vermischung von Wein nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen, ob eine der beiden Weinmengen Hauptsache ist. In diesem Falle wird dessen Eigentümer bei der Vermischung Eigentümer der Gesamtmenge. So wenn im Verlaufe der ordnungsmäßigen Kellerbehandlung die Fässer nachgefüllt werden, im Gegensatze zur Vermischung größerer Mengen, bei der Miteigentum entsteht. Der Eigentumsvorbehalt an dem einen der vermischten Weine kann dann wirksam bleiben (LZ 1914, 92).

3. **untrennbar:** ob die Trennung möglich oder nicht oder doch nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich, ist Tatfrage.

4. **entsprechende Anwendung** d. h. die Eigentümer der vermischten Sachen werden Miteigentümer der Gesamtmasse nach Verhältnis des Wertes der von ihnen herrührenden Sachen, wenn aber eine der vermischten Sachen die Eigenschaft der Hauptsache hat, wird deren Eigentümer Alleineigentümer der Gesamtmasse.

5. Stellt sich die Vermischung als Verarbeitung dar (z. B. Verwendung fremder Milch zum Kuchenbacken), so findet nur § 950 Anwendung (vgl. § 947 A 1).

§ 949

Erlischt nach den §§ 946 bis 948 das Eigentum an einer Sache, so erlöschen auch die sonstigen an der Sache bestehenden Rechte[1]). Erwirbt der Eigentümer der belasteten Sache Miteigentum, so bestehen die Rechte an dem Anteile fort, der an die Stelle der Sache tritt[1]). Wird der Eigentümer der belasteten Sache Alleineigentümer, so erstrecken sich die Rechte auf die hinzutretende Sache[2])[3]).

E I 895 II 864; M 3 861, 862; P 3 243.

1. **Erlöschen der Rechte Dritter:** Wie durch Verbindung, Vermischung, Vermengung das Eigentum an den Sachen endgültig untergeht, die vormals selbständig waren, weil sie ihre selbständige Rechtsstellung verloren haben, so erlöschen zugleich aus demselben Grunde endgültig auch die an jenen Sachen bestehenden sonstigen Rechte. Sie erlöschen ohne Rücksicht auf den guten Glauben dessen, der durch den Vorgang Eigentum und Lastenfreiheit erwirbt. Sie erlöschen aber in den Fällen der §§ 947, 948 (Verbindung, Vermischung, Vermengung beweglicher Sachen) in der Regel nicht ohne dinglichen Ersatz. Nur wenn Alleineigentum an der neuen Gesamtsache entstand, weil eine der zusammengekommenen Teilsachen Hauptsache war, entfällt der dingliche Ersatz für die Rechte an der Nebensache. Sonst tritt ersatzweise an die Stelle des Alleineigentums an der Teilsache das wertentsprechende Miteigentum an der Gesamtsache, an die Stelle des Rechtes an der Sache das Recht am Anteil. Auf die Ersatzrechte gehen im übrigen alle Eigenschaften der ersetzten über. Sie kommen in ebendieselbe Rechtslage.

2. **Erstrecken der Rechte Dritter:** Ist die belastete Sache Hauptsache, wird also deren Eigentümer Alleineigentümer der Gesamtsache, so gewinnen die Inhaber der Rechte an der Hauptsache. Ihre Rechte bestehen nun fort, aber an der Gesamtsache. Dies gilt ohne weiteres für belastete Grundstücke, wenn bewegliche Sachen mit ihnen nach § 946 verbunden werden.

3. **Entsprechende Anwendung auf Verbindung, Vermischung und Vermengung von Sachen ein und desselben Eigentümers.** Daß bei der Verbindung beweglicher Sachen mit Grundstücken, bei der Verbindung, Vermischung, Vermengung einer beweglichen Hauptsache mit andern beweglichen Sachen die an dem Grundstück und der Hauptsache bestehenden Rechte sich von selbst auf die einverleibten Nebensachen erstrecken und deren Belastung ersatzlos verdrängen, ergibt sich aus dem Aufgehen der Nebensache in der Hauptsache notwendig auch für

den Fall, daß Haupt- und Nebensache im Eigentum desselben Eigentümers stehen. Für diese Fälle kann nicht wohl von einer entsprechenden Anwendung des § 949 gesprochen werden. Dagegen ist eine solche entsprechende Anwendung unumgänglich, wenn belastete bewegliche Sachen desselben Eigentümers, die zueinander nicht im Verhältnisse von Haupt- und Nebensache stehen, miteinander verbunden, vermischt oder vermengt werden. Denn die beiderseitigen Belastungen unverändert bestehen zu lassen, ist mit Rücksicht auf die Untrennbarkeit unmöglich, sie ersatzlos erlöschen zu lassen, mit den Geboten der Gerechtigkeit unvereinbar, die Absicht des Gesetzes, die Rechte anteilsweise aufrechtzuerhalten, unbezweifelbar. Es erübrigt darum nur die entsprechende Anwendung des § 949 Satz 2 dahin, daß die bisher an den einzelnen Sachen bestandenen Rechte nun zu Rechten an Anteilen werden, die zu diesem Zwecke als Bruchteile nach dem Verhältnisse des Wertes der Einzelsachen an der Gesamtsache zu unterstellen sind (RG 67 S. 421, 425).

§ 950

[1]) Wer durch Verarbeitung oder Umbildung[2]) eines oder mehrerer Stoffe[3]) eine neue bewegliche Sache[4]) herstellt[5]), erwirbt das Eigentum an der neuen Sache[6]), sofern nicht[7]) der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung[8]) erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche[9]).

Mit dem Erwerbe des Eigentums an der neuen Sache erlöschen die an dem Stoffe bestehenden Rechte[10]).

E I 893, 894, 895 II 865; M 3 360—362; P 3 239, 248.

1. **Eigentumserwerb durch Verarbeitung (Spezifikation).** Entsteht durch Verarbeitung und Umbildung aus Stoff und Arbeit eine neue Sache, so ist vom Gesetzgeber die Wahl zu treffen, wer Eigentümer der neuen Sache sein soll, der Eigentümer des Stoffes oder der, der die Sache daraus geschaffen. Das BGB entscheidet zugunsten der Arbeit, sofern nicht deren Wert erheblich geringer ist als der des Stoffes.

2. **Die Verarbeitung ist nicht Rechtsgeschäft, aber menschliche Tätigkeit, Handlung.** Wandeln sich die Stoffe ohne menschliches Zutun durch anderweite Einflüsse — z. B. durch Kristallisation außerhalb eines darauf gerichteten Betriebs oder durch selbsttätiges Brüten einer Henne auf fremden Eiern (Jörges, Recht 1916, 642) — in neue Sachen um, so hat das einen Eigentumswechsel nach § 950 nicht zur Folge. Der Mangel der Geschäftsfähigkeit hindert den Eigentumserwerb nicht (vgl. § 105 A 1). Absicht des Eigentumserwerbs ist nicht Voraussetzung, noch weniger guter Glaube an das Recht dazu (OLG 26, 60). Der Hersteller erwirbt aber nicht notwendig selbst das Eigentum, sondern nur, wenn er nichts anderes will. Stellt er die Sache für einen andern her, wird der andere Eigentümer (RGSt 8. 4. 18 III 512/15). Wer Holz unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers kauft, um es zu verarbeiten, und ausmacht, daß auch die hergestellten Gegenstände Eigentum des Verkäufers bleiben sollen, erwirbt nicht Eigentum nach § 950 (SeuffA 71 Nr 255). Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, mit dem von einem andern entliehenen Gelde Sachen für ihn herzustellen, darf der genügenden Bestimmbarkeit nicht entbehren (RG SeuffA 69 Nr 107).

3. **Stoffe: nicht notwendig Rohstoffe.** Auch eine schon bearbeitete Sache kann als Stoff für weitere Verarbeitung dienen. Das wird sogar die Regel sein.

4. **Neue Sache:** Der Begriff ist vom Gesetz nicht bestimmt, daher dem Richter zur Entscheidung nach der Verkehrsauffassung überlassen. Gedacht ist offenbar an eine neue Sache höherer Art (Emge ArchZivPrax 114, 23).

5. **Hersteller:** Das Wort ist nicht im engen Sinne zu verstehen von dem, der selbst zur Umbildung Hand anlegt, sondern im Verkehrssinne. Bei den in Fabriken und sonstigen Arbeitsbetrieben hergestellten Waren kommen nicht die Arbeiter als Hersteller in Betracht, sondern die Geschäftsinhaber. Der Arbeiter ist selbst dann nicht Hersteller im Sinne des § 950, wenn er während des Betriebs die Absicht haben, ja sogar die Absicht äußern sollte, die Sache für sich zu verarbeiten oder zu behalten. Wohl aber kann er Hersteller sein, wenn er außerhalb des Betriebs eine gleiche Arbeit für sich macht. Bei Heimarbeit kann je nach den Umständen der Heimarbeiter oder der den Stoff liefernde Unternehmer der Hersteller sein, letzterer zumeist dann, wenn der einzelne Heimarbeiter die Bearbeitung nicht ganz durchführt, sondern jeder nur einen bestimmten Teil der Bearbeitung übernimmt. Wie der Geschäftsinhaber, so gilt aber auch der Private als Hersteller, wenn er durch einen andern Unselbständigen eine Sache herstellen läßt. Auch wer auf Grund Werkvertrags eine Sache herstellen läßt, kann Hersteller im Verkehrssinne sein. Dagegen muß der Schneider, der einen Anzug nach Maß liefert

und den Stoff selbst dazu gibt, als Hersteller bezeichnet werden. Nur wird auch er in der Regel das Eigentum des Stoffes nicht durch Verarbeitung erwerben, sondern, wenn er die Stoffe nicht fest übernommen hat, auf Grund der Erlaubnis des Tuchlieferanten, die gelieferten Stoffe sich zur Verarbeitung anzueignen. Der Kreis der Fälle des Eigentumserwerbs durch Verarbeitung ist geringer, als es zunächst scheint.

6. **Der Eigentumserwerb und damit der Eigentumsverlust des Stoffeigentümers ist endgültig.** Auch die Rückverwandlung der neuen Sache in den Rohstoff bringt dem Stoffeigentümer sein Eigentum nicht zurück.

7. **sofern nicht** d. h. sofern nicht der Gegner beweist, daß der Wert erheblich geringer ist.

8. **Wert der Verarbeitung** d. i. nicht der Aufwand für die Arbeitsleistung, sondern der Wert der geleisteten Arbeit, wie er sich im Sachwert verkörpert. Der Wert der Verarbeitung wird sich also ergeben, wenn der Wert des Stoffes von dem Werte der neuen Sache abgezogen wird. Hinsichtlich des Stoffwerts vgl. A 3.

9. **Bearbeitung der Oberfläche** durch Schreiben, Zeichnen, Malen führt zum Eigentumswechsel doch nur insoweit, als damit eine neue Sache hergestellt ist. Das Bemalen einer Leinwand mit einem Ölgemälde wird hiernach Eigentumswechsel zur Folge haben können, das Aufmalen von Verzierungen auf Schränke und Truhen wird zu einem solchen in der Regel nicht führen. Dies selbst dann nicht, wenn der Wert der Schränke und Truhen geringer ist als der der Malerei.

10. **Das Erlöschen der Rechte Dritter** erfolgt unmittelbar kraft des Eigentumswechsels endgültig und ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerber sich in gutem Glauben befand oder nicht.

Fraglich kann sein, ob auch bei der Verarbeitung des eigenen Stoffes zu einer neuen Sache die Rechte an dem Stoffe erlöschen. Die überwiegende Meinung bejaht die Frage. Es läßt sich aber nicht verkennen, daß für die Bejahung nicht bei allen Fällen der Verarbeitung die gleich triftigen Gründe sprechen wie bei den Fällen der Verbindung und Vermischung (vgl. § 949 A 3). Gegen das Erlöschen der Rechte Dritter in solchem Falle spricht eine Erwägung: der § 950 soll den Widerstreit zwischen dem Recht der Arbeit und dem Recht des Stoffes entscheiden. Ist der Verarbeitende Eigentümer des Stoffes, so kann von einem solchen Widerstreit nicht wohl gesprochen werden, es sei denn, daß das dingliche Recht des Dritten seiner Art nach mit dem Wesen der durch die Verarbeitung entstandenen neuen Sache nicht vereinbar ist. Nur für den letzteren Fall rechtfertigt sich darum die entsprechende Anwendung des Abs 2.

§ 951

Wer infolge der Vorschriften der §§ 946 bis 950 einen Rechtsverlust erleidet[1]), kann von demjenigen, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eintritt[2]), Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[3]) fordern. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes kann nicht verlangt werden[4]).

Die Vorschriften über die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen unerlaubter Handlungen sowie die Vorschriften über den Ersatz von Verwendungen und über das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung bleiben unberührt[5]). In den Fällen der §§ 946, 947 ist die Wegnahme nach den für das Wegnahmerecht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer geltenden Vorschriften[6]) auch dann zulässig, wenn die Verbindung nicht von dem Besitzer der Hauptsache bewirkt worden ist.

E I 897 II 866; M 3 362, 363; P 3 244, 245; 6 235, 238, 239, 388.

1. **Rechtsverlust erleidet** nach §§ 946—950, wer das Eigentum einer Sache verliert, weil sie mit einem Grundstücke verbunden (**RG** 51, 80) oder als Nebensache mit einer andern beweglichen Hauptsache verbunden, vermischt oder vermengt ist, oder weil sie zu einer neuen Sache verarbeitet worden ist (SeuffA 66 Nr 52). Rechtsverlust erleidet, wer aus gleichem Grunde ein Recht an einer solchen Sache (Pfandrecht oder Nießbrauch) verloren hat. Keinen Rechtsverlust erleidet, wer das Eigentum nur gegen Ersatz durch Miteigentum an der Gesamtsache, das Recht an der Sache nur gegen Ersatz durch das Recht am Anteil verliert. Keinen Rechtsverlust im Sinne der §§ 946—950 erleidet, wer das Eigentum an seiner Sache schon aufgibt, bevor sie mit der des andern verbunden usw. wird (**RG** JW 03 Beil 24[49]), wer die Verbindung usw. auf Grund einer ihm gegenüber dem Eigentümer der andern Sache obliegenden Verpflichtung vornimmt (**RG** 6. 5. 07 IV 421/06) oder wer die Verbindung usw. unter Verzicht auf Ersatz vornimmt (**RG** 6. 2. 18 V 232/17). Bestand die Pflicht zur Verbindung usw. gegenüber einem Dritten, so liegt gegebenenfalls eine Bereicherung des Begünstigten auf Kosten des Dritten vor (**RG** 20. 6. 19 VII 78/19).

2. Die Rechtsänderung tritt zugunsten des neuen Eigentümers ein. Soweit man anzunehmen hat, daß der Eigentümer durch Verarbeitung seines eigenen Stoffes diesen von den darauf ruhenden dinglichen Rechten Dritter befreit, ist auch auf ihn § 951 Abs 1 anwendbar. Der Hypothekengläubiger des Grundstücks, mit dem die Sache verbunden wurde, der Pfandrechtsbesitzer an der Hauptsache, dessen Recht sich auf die hinzugetretene Nebensache erstreckte, sind nur mittelbar begünstigt (RG 63, 423).

3. Vergütung nach den Vorschriften über die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung. Vgl. §§ 818, 819. Die Verweisung soll nicht den Tatbestand bestimmen, der die Herausgabepflicht erzeugt, sie soll nur den Umfang der als vorhanden angenommenen Herausgabepflicht begrenzen und den Verpflichteten günstiger stellen, als dem strengen Recht entsprechen würde (RG 81, 206). Durch einen etwa nach § 179 erworbenen Anspruch gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht wird der Anspruch gegen den Begünstigten nicht ausgeschlossen (RG 20. 6. 19 VII 78/19). Zu vergüten ist stets der Geldwert des Vorteils, den der durch den Vorgang Begünstigte durch ihn erlangt hat.

4. Die Vorschriften des Abs 1 sind nicht zwingend, sondern lassen abweichende Vereinbarung der Beteiligten zu.

5. Vorbehalt weitergehender Rechte aus andern Rechtsgründen. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Aus der Verpflichtung zum Schadensersatz kann sich auch die Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes ergeben (§§ 249f.). Die Vorschrift im Satz 3 des Abs 1 steht nicht entgegen (RG 30. 4. 20 VII 490/19).

6. Wegnahmerecht vgl. § 997.

§ 952

[1]) **Das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine steht dem Gläubiger zu[2]). Das Recht eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auf den Schuldschein[3]).**

Das gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbesondere für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe[4]).

E I 1109 II 867; M 3 744, 745; P 3 644—646.

1. Sondervorschrift über das Eigentum an Schuldscheinen und ähnlichen Urkunden. Die Vorschrift ist nicht zwingend, sondern läßt anderweitige Verfügung der Beteiligten zu (RG 51, 85; RG 91, 157). Sie hat indessen zur Folge, daß die Vorschriften des BGB über den gutgläubigen Erwerb vom Nichteigentümer auf Urkunden solcher Art unabwendbar sind und daß für den Besitzer der Urkunde, der nicht zugleich Gläubiger ist, die Vermutung des § 1006 nicht Platz greift (RG 5. 11. 08 IV 99/08). Dem Gläubiger, der die Schuldurkunde besitzt, steht die Vermutung der Rechtmäßigkeit des Besitzes zur Seite (RG 24. 5. 11 V 517/10). Persönlich wirkende Rechte können an Schuldscheinen und den Urkunden des Abs 2 begründet werden, Leihe eines Hypothekenbriefs ist möglich (RG 91, 155).

2. Steht .... zu. Der Gläubiger erwirbt also das Eigentum des Schuldscheins, wenn dieser vor der Entstehung der Forderung ausgestellt ist, mit ihrer Entstehung, wenn der Schein nach der Entstehung der Forderung ausgestellt wird, mit der Ausstellung. Er erwirbt es in beiden Fällen kraft Gesetzes, ohne daß im übrigen die Voraussetzungen für den Eigentumserwerb erfüllt sein müßten. Überträgt der Gläubiger die Forderung, so geht damit das Eigentum am Schuldschein von selbst über. Steht die Forderung mehreren Gläubigern zu, so sind diese Miteigentümer des Schuldscheins (RG 59, 318).

3. Erstreckung des Rechtes an der Forderung auf den Schuldschein. Der Forderungspfandgläubiger hat also Pfandrecht auch am Schuldschein.

4. Andere Urkunden: Zu den Urkunden, für die Abs 2 gilt, gehören auch Lebensversicherungspolicen, Depotscheine (RG 51, 85; OLG 26, 60), Sparkassenbücher (RG 30. 9. 07 IV 47/07; 5. 11. 08 IV 99/08) und Depositenbücher (RG Warn 1918 Nr 57), auch zollamtliche Begleitscheine, Niederlagescheine (RG 14. 4. 16 VII 32/16).

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache

§ 953

[1]) **Erzeugnisse[2]) und sonstige Bestandteile einer Sache gehören auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache, soweit sich nicht aus den §§ 954 bis 957 ein anderes ergibt[3])[4]).**

E I 898 II 868; M 3 363; P 3 245.

1. Entstehung selbständigen Eigentums an Bestandteilen (Erzeugnissen) durch Trennung. Gemäß § 93 können wesentliche Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. Aber auch Bestandteile überhaupt, auch nicht wesentliche, teilen in der Regel das Rechtsschicksal der Hauptsache, weil sie infolge ihrer Bestandteilseigenschaft unselbständig sind. Mit der Trennung, sei diese wie immer herbeigeführt oder eingetreten, verschwindet die Bestandteilseigenschaft, wird der bisherige Bestandteil selbständige Sache und fähig, Gegenstand besonderer Rechte zu sein. § 953 spricht für die Hauptfrage des Eigentums im Falle der Trennung die Regel aus, daß die Bestandteile auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache gehören, nämlich dem Eigentümer derjenigen Sache, deren Bestandteile sie bisher waren. Die Ausnahmen von der Regel sind in den §§ 954—957 bestimmt. Keine wirkliche Ausnahme ist die Bestimmung des § 911 über die auf das Nachbargrundstück hinüberfallenden Früchte. Denn sie ruht auf der Unterstellung, daß diese Früchte Früchte des Nachbargrundstücks sind. Auch für den Erwerb von Bestandteilen verlorener, gestohlener, oder sonst abhanden gekommener Sachen durch Trennung gelten mangels ausdrücklicher anderweiter Bestimmung die Vorschriften des § 953 (und der §§ 954—957). Der Eigentumserwerb durch Trennung ist nicht rechtsgeschäftlicher Erwerb, sondern Erwerb kraft Gesetzes.

2. Erzeugnis ist wie der Nachwuchs eines Muttertiers auch das Küken, das eine Henne aus einem nicht selbst gelegten Ei ausgebrütet hat (Jörges Recht 1916, 642).

3. Rechte an dem bisherigen Bestandteile. Die Rechte an der Hauptsache, die sich bis zur Trennung auf den Bestandteil erstreckten, erlöschen durch die Trennung nicht, sondern erstrecken sich auch weiterhin auf die nunmehr selbständige Sache. So die Hypothek (§§ 1120 bis 1122), das Pfandrecht (§ 1212). Anders dann, wenn die dingliche Berechtigung die Befugnis zur Aneignung der Früchte und sonstiger Bestandteile umfaßt (vgl. § 954).

4. Übergangsrecht: EG Art 181 Abs 2.

§ 954

[1]) Wer vermöge eines Rechtes an einer fremden Sache befugt ist[2]), sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile der Sache anzueignen, erwirbt das Eigentum an ihnen, unbeschadet der Vorschriften der §§ 955 bis 957, mit der Trennung.

E I 899 II 869; M 3 363, 361; P 3 245, 246.

1. Erwerb der dinglich Nutzungsberechtigten durch Trennung der Bestandteile (Erzeugnisse). Der dinglich Nutzungsberechtigte schließt den Erwerb des Eigentümers (§ 953) aus und wird selbst von dem Besitzer in den Fällen der §§ 955, 956 ausgeschlossen.

2. Anwendungsfälle. Als dinglich Nutzungsberechtigter im Sinne des § 954 kommt hauptsächlich der Nießbraucher (§ 1030), der ihm gleichgestellte Ehemann (§ 1383) und Vater (§ 1672) und der Nutzpfandgläubiger (§ 1213), unter Umständen auch der auf Grund Dienstbarkeit oder Erbbaurechts Befugte in Betracht. Für die Fälle der dinglichen Nutzungsberechtigung auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebieten gilt die Vorschrift des § 954 als Hilfsrecht nach EG Art 4.

§ 955

[1]) Wer eine Sache im Eigenbesitze hat[2]), erwirbt das Eigentum an den Erzeugnissen und sonstigen zu den Früchten der Sache gehörenden Bestandteilen[3]), unbeschadet der Vorschriften der §§ 956, 957, mit der Trennung. Der Erwerb ist ausgeschlossen, wenn der Eigenbesitzer nicht zum Eigenbesitz oder ein anderer vermöge eines Rechtes an der Sache zum Fruchtbezuge berechtigt ist und der Eigenbesitzer bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt.

Dem Eigenbesitzer steht derjenige gleich, welcher die Sache zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts an ihr besitzt[4]).

Auf den Eigenbesitz und den ihm gleichgestellten Besitz findet die Vorschrift des § 940 Abs 2 entsprechende Anwendung[5])[6]).

E I 900 II 870; M 3 364—367; P 3 247—249; 5 654.

1. Fruchterwerb des gutgläubigen Eigenbesitzers durch Trennung. Der gutgläubige Eigenbesitzer der fruchttragenden Sache schließt im Fruchterwerbe bei der Trennung den Eigentümer und den dinglich Nutzungsberechtigten (§§ 953, 954) aus, wird aber, wenn er nur mittelbarer Besitzer ist, unter den Voraussetzungen der §§ 955 Abs 2, 956 selbst wieder

von dem dinglich Fruchtbezugsberechtigten und demjenigen ausgeschlossen, dem der Fruchtbezug vom Berechtigten gestattet ist. Soll der Eigentümer durch den Eigenbesitzer im Fruchterwerb ausgeschlossen werden, so genügt neben dem Eigenbesitze der gute Glaube an das Recht zum Eigenbesitze zur Rechtfertigung des Fruchterwerbs. Dieser wird sich zwar regelmäßig decken mit dem guten Glauben an das Eigentum. Notwendig ist die Übereinstimmung aber nicht in allen Fällen. Bei Grundstücken z. B. ist wegen des Erfordernisses der Auflassung Eigenbesitz im guten Glauben an ihn mit dem Bewußtsein (formal), noch nicht Eigentümer zu sein, vereinbar. Soll der dinglich Nutzungsberechtigte vom Eigenbesitzer im Fruchterwerb durch Trennung ausgeschlossen werden, so genügt der gute Glaube an das Recht zum Eigenbesitze nicht, sondern es ist auch noch der gute Glaube an das Eigennutzungsrecht nötig. Der Eigenbesitzer darf also einerseits das Nutzungsrecht des andern nicht bei Erwerb des Eigenbesitzes gekannt oder grob fahrlässig übersehen, anderseits nicht später vor der Trennung davon Kenntnis erhalten haben. Der gute Glaube wird vermutet. Der Gegner hat den Gegenbeweis zu führen. Der Umstand, daß die Sache gestohlen oder verloren war, hindert den gutgläubigen Eigenbesitzer am Fruchterwerbe nicht. § 935 ist nicht entsprechend anwendbar.

2. Eigenbesitzer. Vgl. § 872. Auf den Fruchterwerb durch Trennung kraft Eigenbesitzes kann sich unter Umständen auch der Eigentümer selbst berufen, nämlich gegenüber dem dinglich Fruchtbezugsberechtigten, wenn er hinsichtlich des Fruchtbezugsrechts in gutem Glauben war. Befand sich jedoch bei der Fruchttrennung der dinglich Fruchtbezugsberechtigte im Besitz der Sache, so wird e r und nicht der nur im mittelbaren Eigenbesitz befindliche Eigentümer als Fruchterwerber zu erachten sein — aus der gleichen allgemeinen Erwägung, die auch dem § 936 Abs 3 zugrunde liegt. Zu demselben Ergebnis führt § 955 Abs 2, s. A 4 am Ende.

3. Zu den Früchten der Sache gehörende Bestandteile, also nicht an allen zur Abtrennung gelangenden Bestandteilen, im Gegensatze zu den §§ 953, 954, 956. Über den Begriff Früchte vgl. § 99 Abs 1 und insbesondere A f f o l t e r, D a s F r u c h t r e c h t 1911.

4. Fruchterwerb des gutgläubigen Nutzungsbesitzers. Wer die Sache im guten Glauben besitzt, dinglich fruchtbezugsberechtigt zu sein und den Besitz der Sache zur Ausübung dieses Rechtes innehat, soll durch Trennung die Früchte erwerben sowohl vor dem Eigentümer wie vor dem wirklich dinglich Fruchtbezugsberechtigten. Dies selbstverständlich auch dann, wenn z. B. der Eigentümer mittelbarer Besitzer ist, was der Hauptfall. Man wird hiervon ausgehend noch den weiteren Schluß zu ziehen haben, daß das Fruchterwerbsrecht des zur Ausübung eines vermeintlich dinglichen Nutzungsrechts Besitzenden auch dem Fruchterwerbsrecht des mittelbaren Eigenbesitzers als solchen (§ 955 Abs 1) vorgeht. Die Vorschrift des Abs 2 kommt nicht nur dem vermeintlich, sondern auch dem wirklich Fruchtbezugsberechtigten gegen den im mittelbaren Eigenbesitze befindlichen Eigentümer zugute, wenn dieser auf Grund seines mittelbaren Eigenbesitzes im guten Glauben an das Nichtbestehen des Nutzungsrechts sich auf § 955 Abs 1 stützen will. Vgl. A 2 a. E.

5. Fruchterwerb durch Trennung bei vorübergehend verlorenem Besitz. Abs 3 hat die Bedeutung, daß die während der Zeit des vorübergehenden Besitzverlustes getrennten Früchte mit der Trennung Eigentum des von dem Verluste Betroffenen werden, wenn er den Besitz rechtzeitig wiedererlangt. In der Zwischenzeit, bis zur Wiedererlangung des Besitzes, besteht ein Schwebezustand. Die Voraussetzung der Wiedererlangung des Besitzes erstreckt sich nur auf die aus dem Besitz gekommene Sache selbst. Die Erlangung des Besitzes der inzwischen getrennten Früchte ist nicht Voraussetzung des Eigentumserwerbs nach Abs 3.

6. Herausgabeansprüche. Der § 955 regelt nur das E i g e n t u m an den Früchten im Falle der Trennung, läßt aber die Frage, ob der Erwerber die Früchte b e h a l t e n darf, unberührt. Inwieweit insbesondere auf Grund des wegen der Sache erhobenen Eigentumsanspruchs der Besitzer verpflichtet ist, getrennte und mit der Trennung in sein Eigentum übergegangene Früchte an den Eigentümer h e r a u s z u g e b e n, ergibt sich aus den §§ 987 ff.

§ 956

[1]) Gestattet[2]) der Eigentümer einem anderen, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile der Sache[3]) anzueignen, so erwirbt dieser das Eigentum an ihnen, wenn der Besitz der Sache ihm überlassen ist[4]), mit der Trennung, anderenfalls mit der Besitzergreifung. Ist der Eigentümer zu der Gestattung verpflichtet, so kann er sie nicht widerrufen[5]), solange sich der andere in dem ihm überlassenen Besitze der Sache befindet[6]).

Das gleiche gilt, wenn die Gestattung nicht von dem Eigentümer, sondern von einem anderen ausgeht, dem Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile einer Sache nach der Trennung gehören[7]).

E I 901, 902 II 871; M 3 367—369; P 3 249, 250.

1. Eigentumserwerb an Bestandteilen auf Grund Gestattung der Aneignung. Der Paragraph behandelt zwei ihrer Rechtsnatur nach verschiedene Erwerbsarten in einem Satze, weil sie in der Anwendung einander sehr nahestehen. Der Eigentumserwerb, der auf Grund persönlicher Gestattung durch Besitzergreifung stattfindet, ist wirkliche Aneignung, rechtsgeschäftlicher Erwerb. Der Eigentumserwerb aber, der im gleichen Falle durch die Trennung stattfindet, ist nicht Aneignung, nicht Eigentumserwerb durch Rechtsgeschäft, sondern Eigentumsanfall kraft Gesetzes.

2. Gestattet, sich anzueignen. Gemeinsam ist beiden Fällen, daß eine vom wahren (oder vermeintlichen — § 957) Berechtigten herrührende persönliche Aneignungsbefugnis zugrunde liegen muß. (Ein dingliches Aneignungsrecht kommt nicht in Frage, denn dessen Folgen sind in §§ 954, 955 geregelt.) Vorausgesetzt ist aber, daß, wer die Aneignung gestattet hat, auch in dem Augenblick, in dem sie wirksam werden soll, selbst noch Eigentümer (Berechtigter) ist. Ist er das in diesem Augenblick nicht (weil er z. B. die fruchttragende Sache vorher veräußert hat), so bedarf es der Zustimmung des neuen Erwerbers der Sache oder eines besonderen Rechtsgrundes, der auch ihn verpflichtet, die Aneignung zu gestatten (RG 60, 319; 78, 35).

Die „Gestattung" braucht nicht mit ausdrücklichen Worten zu erfolgen. Sie wird sich z. B. ohne weiteres aus dem Verkauf eines Hauses auf Abbruch fü die Abbruchmaterialien ergeben (OLG 20, 167). Hat der Grundstückseigentümer dem Käufer von Baumstämmen den Platz, auf dem die Bäume stehen, als Lagerplatz für die gefällten Stämme überlassen, so erwirbt der Käufer das Eigentum an den Stämmen nicht mit der Trennung, sondern erst mit der Besitzergreifung, denn er wurde Besitzer der Grundfläche erst nach dem Fällen der Bäume (RG 23. 1. 18 V 250/17).

3. Bestandteile, allgemein, nicht nur Früchte, und **Sache,** allgemein, nicht nur bewegliche Sache. So der Fall, in dem der Gebäudeeigentümer dem Bauhandwerker gestattete, die eingefügten Türen und Fenster wieder wegzunehmen (RG 9. 11. 06 VII 613/05).

4. Überlassung des Besitzes der Sache ist die Sondervoraussetzung des Eigentumserwerbs durch Trennung. Die Erlangung des Besitzes muß auf dem Willen des Gestattenden beruhen. Wer sich nach erhaltener Erlaubnis zur Aneignung der Früchte eigenmächtig in den Besitz der fruchttragenden Sache gesetzt hat, erwirbt nicht Eigentum der Früchte durch Trennung (RG 23. 1. 18 V 250/17). Man wird weiterhin zu verlangen haben, daß der überlassene Besitz auch im Augenblicke der Trennung noch bestanden hat. Entsprechende Anwendung des § 940 Abs 2 ist bei der Ähnlichkeit der Sachlage mit der des § 955 und mit Rücksicht auf das praktische Bedürfnis nicht abzulehnen.

5. Widerruf der Gestattung. Die Gestattung der Aneignung, ihrer Rechtsnatur nach der Vollmacht verwandt und gleich ihr unmittelbar (absolut) wirkend, ist gleich der Vollmacht widerruflich. Das Gesetz schließt den Widerruf nur für den Fall der Gestattung mit Besitzüberlassung aus, und auch da nur solange, als der überlassene Besitz dauert. Voraussetzung der Unwiderruflichkeit ist immer, daß der Gestattende zur Gestattung verpflichtet ist. Dies liegt beim Verpächter klar zutage. Aber auch wer schenkungsweise einem andern die Nutzung eines Grundstücks persönlich gestattete und ihm dazu den Besitz überließ, ist, wenn nicht widerruflich geschenkt war, an die Gestattung gebunden.

6. Vorübergehende Unterbrechung des Besitzes ist auch hier in den Fällen des § 940 Abs 2 nicht zu rechnen. Vgl. A 4 a. E.

7. Gestattung durch einen sonstigen Berechtigten. Hierher gehören die Fälle der Gestattung durch den dinglich Nutzungsberechtigten (§ 954), den Eigenbesitzer und die ihm Gleichgeachteten (§ 955). Auch der, dem nur nach § 956 die Aneignung gestattet ist, kann seinerseits einem andern die Aneignung wirksam gestatten, und zwar nicht nur dann, wenn ihm diese Befugnis nach dem Inhalte der Gestattung des Eigentümers zusteht, sondern auch dann, wenn ihm eine solche Befugnis nicht ausdrücklich zugestanden worden ist (§ 137). Der Pächter ist nicht gehindert, einem Dritten die Aneignung der Früchte auf dem gepachteten Grundstücke zu gestatten. Dem Wortlaute des § 956 Abs 2 nach hat es den Anschein, als ob die Weitergestattung nur dann möglich wäre, wenn der erste Aneignungsbefugte den Besitz überlassen erhalten hat, weil ihm nur in diesem Falle die Bestandteile durch die Trennung eigen werden. Man wird indessen anzunehmen haben, daß auch der nichtbesitzende Aneignungsbefugte die Aneignungsbefugnis weiter übertragen kann, wenn die Übertragung nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen ist.

§ 957

[1]) **Die Vorschriften des § 956 finden auch dann Anwendung, wenn derjenige, welcher die Aneignung einem anderen gestattet, hierzu nicht berechtigt ist, es sei denn, daß der andere, falls ihm der Besitz der Sache überlassen**

wird, bei der Überlassung, anderenfalls bei der Ergreifung des Besitzes der Erzeugnisse oder der sonstigen Bestandteile nicht in gutem Glauben ist oder vor der Trennung den Rechtsmangel[2]) erfährt.

E II 872; P 3 349, 350.

1. **Schutz des gutgläubigen Erwerbs von Bestandteilen.** Die Vorschrift hat das Ziel, dem, der vom Nichtberechtigten gutgläubig erwirbt, für den Fall des Erwerbs von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen auf Grund der Gestattung der Aneignung den gleichen Schutz zu gewähren, wie er in den §§ 932ff. im Falle der Übertragung des Eigentums an einer Sache dem gutgläubigen Erwerber gewährt wird. Dies ergibt sich, abgesehen von der Ähnlichkeit der Rechts- und Sachlage, die eine übereinstimmende Regelung dringend erheischt, auch aus der Stellung des § 957 und der Nachbildung seiner Fassung nach jenen Vorschriften. Zur Auslegung des § 957 sind darum in erster Reihe die §§ 932ff. heranzuziehen. Ein Auslegungsbedürfnis aber ergibt sich vor allem in der Frage, ob der Schutz des § 957 auf Grund der Gestattung und des guten Glaubens allein zu gewähren ist oder ob hinzukommen muß, daß der Erwerber auch seinen Besitz vom Veräußerer herleitet. Das letztere muß angenommen werden (OLG 26, 1). Der Schutz des gutgläubigen Erwerbs beruht, wie allenthalben im BGB, so auch hier auf dem Grundgedanken, daß man dem Erwerber im Verkehr nicht zumuten kann, das Recht des Veräußerers zu prüfen, und ihm gestatten muß, sich — soweit nicht gegenteilige Anzeichen entgegenstehen — darauf zu verlassen, daß der Besitzstand auch mit dem Rechtsstand übereinstimmt. Irgendein Grund, für die Fälle des § 956 von diesem Rechtsgedanken abzuweichen, ist nicht vorhanden, die Unannehmbarkeit des Ergebnisses im Falle der gegenteiligen Annahme liegt auf der Hand. (Vgl. hierzu Jacubezki im Recht 02, 4). Es muß deshalb die Sache im Besitz des die Aneignung der Bestandteile Gestattenden gewesen sein in dem Augenblick, in dem er den Besitz der Sache dem Erwerber überließ oder dieser den Besitz an den Bestandteilen ergriff. War der Erwerber schon zur Zeit der Gestattung im Besitz der Sache, so muß er seinen Besitz von dem Gestattenden erlangt haben, um gutgläubig zu sein. Dagegen wird der § 935 auf den gutgläubigen Erwerb nach § 956, 957 nicht im vollen Umfange entsprechend angewendet werden können. Da der Fruchterwerb des gutgläubigen Eigenbesitzers nach § 955 durch die der fruchttragenden Sache anklebende Eigenschaft gestohlenen Gutes nicht hintangehalten wird (§ 955 A 1), so kann folgerichtig auch im § 957 der gleiche Mangel dem gutgläubigen Erwerb nicht entgegenstehen.

2. **Rechtsmangel:** hier: Mangel des Rechtes, die Aneignung zu gestatten.

V. Aneignung

§ 958

Wer eine herrenlose[1]) bewegliche Sache[2]) in Eigenbesitz nimmt[3]), erwirbt das Eigentum an der Sache.

Das Eigentum wird nicht erworben[4]), wenn die Aneignung gesetzlich verboten[5]) ist oder wenn durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines anderen[6]) verletzt wird.

E I 903 II 873; M 3 369, 370; P 3 250—253.

1. **Herrenlos** ist eine Sache dann, wenn sie keinen Eigentümer hat. Die Fälle können außerordentlich verschieden sein. Das BGB behandelt — abgesehen von den Grundstücken — nur die Herrenlosigkeit der wilden Tiere und die der Bienen sowie das Herrenloswerden durch Aufgeben des Besitzes. Die übrigen Fälle gehören zumeist in den Rahmen der Vorbehalte für das Landesrecht, insbesondere in das Gebiet des Wasserrechts. Soweit solche Vorbehalte für das Landesrecht nicht bestehen (Meteorsteine), wird beim Fehlen besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften aus dem tatsächlichen Mangel eines möglichen Eigentümers auf die Herrenlosigkeit zu schließen sein. Sachen, die beim Inkrafttreten des BGB schon vorhanden und nach dem bisherigen Rechte herrenlos waren, bleiben es bis zur Aneignung.

2. **Bewegliche Sachen:** bezüglich der Grundstücke vgl. § 928, EG Art 129.

3. **Inbesitznehmen:** kann auch durch Besitzdiener und Besitzmittler erfolgen (RGSt 39, 179). Eine Inbesitznahme solcher Art wird in der Regel auf Jagden bei Aufnahme von erlegtem Wild durch Jagdpersonal, Treiber und Jagdgäste zugunsten des Jagdherrn stattfinden. Wer eine herrenlose Sache in Eigenbesitz nimmt, wird sie in der Regel nehmen, um daran Eigentum zu erwerben. Diese bewußte Aneignung ist Rechtsgeschäft und erfordert deshalb Geschäftsfähigkeit. Ob ein Rechtsgeschäft auch dann vorliegt, wenn der Besitzergreifer den Besitz in der irrigen Meinung ergreift, die in Wirklichkeit herrenlose Sache gehöre schon ihm, mag zweifel-

haft sein und kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist auch ein solches Nehmen in Eigenbesitz wie ein Rechtsgeschäft zu behandeln und zur Aneignung genügend. Vgl. § 872 A 1.

4. Eigentum wird nicht erworben: in den Fällen des Abs 2 wird Eigentum „überhaupt" nicht erworben, auch nicht vom Aneignungsberechtigten. Die Sache bleibt also herrenlos (RG 16. 3. 11 III 138/11). Dies ergibt sich als Absicht des Gesetzes deutlich daraus, daß in EG Art 69 die landesgesetzlichen Vorschriften, die dem Jagdberechtigten das Eigentum an dem vom Wilddieb erlegten Wilde zusprechen — nur dies kommt in Frage, denn dem Wilddieb ist nirgends Eigentum zugesprochen —, durch einen besonderen Zwischensatz von dem Vorbehalt ausgenommen worden sind (Prot 6, 376; RGSt 39, 427). Das gleiche wird aber auch für alle Fälle der Aneignung gegen gesetzliche Aneignungsverbote und der Aneignung unter Verletzung eines fremden Aneignungsrechts anzunehmen sein. Dies selbst in dem Fall, daß der Aneignungsversuch nicht nur gegen das Aneignungsrecht des andern verstößt, sondern auch noch gegen eine besondere Pflicht, als dessen Vertreter für diesen zu erwerben, wie sie etwa Jagdpersonal und Jagdgästen gegenüber dem Jagdherrn, Bediensteten, die zum Aufsammeln herrenloser Gegenstände ausgeschickt sind, gegenüber ihrem Dienstherrn obliegt. § 116 kann nicht angewendet werden, weil die Aneignung zwar eine Willensbetätigung, aber keine Willenserklärung in sich schließt. Anders beim Schatzfund. Vgl. § 984 A 3.

Erwirbt ein gutgläubiger Dritter eine herrenlose Sache, die gegen gesetzliches Verbot oder gegen das Aneignungsrecht eines andern in Besitz genommen ist, aus der Hand dieses Eigenbesitzers, so kann er nach § 932 Eigentum erwerben (RGSt 39, 432). Dieser Erwerb ist nicht Aneignungserwerb. Es steht ihm aber auch § 935 nicht im Wege.

5. Gesetzliche Aneignungsverbote: landesgesetzliche oder reichsgesetzliche. Sie können auch durch Polizeiverordnung erlassen werden (RGSt 48, 121). Ob ein Aneignungsverbot vorliegt, kann nicht allgemein, sondern nur unter Prüfung des einzelnen Gesetzes gesagt werden. Dies gilt insbesondere auch für die Frage, ob die jagdrechtlichen Bestimmungen über die Schonzeiten und Schonreviere Aneignungsverbote enthalten. Denn grundsätzlich besteht kein Hindernis, ein Aneignungsverbot auf Zeit und für gewisse Zeiten und Raumbezirke zu erlassen. (Vgl. hierzu Staudinger in SeuffBl 63, 285 und Ebner bei Gruch 57, 362 ff.). Anderseits müssen Schonvorschriften nicht auf alle Fälle Aneignungsverbote enthalten (RGSt 7, 91; BayObLGSt 12, 298). Daraus allein, daß dem Jagd- oder Fischereiberechtigten die Verwendung gewisser Fang- und Tötungsmittel verboten ist, kann ein Aneignungsverbot nicht entnommen werden. Aber auch, wenn die Schonvorschrift ein Aneignungsverbot in sich schließt, so doch in der Regel kein ausnahmeloses. Sie hindert dann wohl den Jagdberechtigten, sich das Tier, das er selbst gejagt und getötet, anzueignen, nicht aber auch, sich das getötete Tier, wenn es ohne sein Zutun in seinem Jagdrevier zu Tode kam, als Fallwild anzueignen (BayObLGSt 12, 298).

6. Verletzung von Aneignungsrechten anderer. Auch hier kommen sowohl reichsrechtliche, wie hauptsächlich landesrechtliche Aneignungsrechte in Betracht, in erster Reihe Jagdrechte, Fischereirechte, Bergrechte. Fraglich kann sein, ob bei vereinbarter Teilung der Jagdausübung zwischen zwei gemeinschaftlich Jagdberechtigten Verfehlungen gegen die Übereinkunft seitens des einen das Aneignungsrecht des andern verletzen. Es wird an der Hand des für den einzelnen Fall geltenden Jagdgesetzes zu prüfen sein, ob eine Teilung dem Rechte nach möglich war und stattgefunden hat, und nur in diesem Falle wird die Frage zu bejahen sein.

§ 959

[1]) Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht[2]), auf das Eigentum zu verzichten[5]), den Besitz der Sache aufgibt[3])[4]).

E I 904 II 874; M 3 370, 371; P 3 253, 251.

1. Aufgabe des Eigentums (Dereliktion). Zur wirksamen Eigentumsaufgabe verlangt das Gesetz die Besitzaufgabe in Verzichtsabsicht. Die Aufgabe des Eigentums an beweglichen Sachen erfolgt durch Willensbetätigung, nicht notwendig durch Willenserklärung. Wenn sie darum auch als Rechtsgeschäft betrachtet wird, so können doch die nur für Willenserklärungen berechneten Gesetzesvorschriften auf sie nicht angewendet werden.

2. Absicht zu verzichten. Absicht setzt Willensfähigkeit voraus. Die Eigentumsaufgabe des Willensunfähigen ist daher wirkungslos. Der Verzichtswille muß Entschlagungswille sein. Der Verzicht zugunsten einer bestimmten Person hat nicht die Rechtsnatur der Eigentumsaufgabe, sondern der Eigentumsübertragung (RG 83, 229). Auch ein Verzicht zugunsten einer unbestimmten oder beliebigen Person kann zur Eigentumsübertragung zu zählen sein. Es kann sich aber unter ihm auch eine Eigentumsaufgabe bergen, je nachdem nur die Absicht, einen andern zum Eigentümer zu machen, allein vorherrscht oder doch auch daneben die selbständige Entledigungsabsicht besteht. Liegt Eigentumsübertragung vor, so steht sie auch unter deren Regeln. Insbesondere genügt nicht der einseitige Verzicht des Übertragen-

den, es ist vielmehr — außer der Übergabe oder dem Übergabeersatz — die Einigung beider Beteiligten über den Eigentumsübergang erforderlich (RG LZ 1919, 868[18]). Nur eine scheinbare Ausnahme ist es, wenn der einseitige Verzicht als Erfüllung einer Bedingung wirkt und der Eigentumsübergang nunmehr eintritt auf Grund des früheren bedingten Rechtsgeschäfts, der schon damals zustande gekommenen und fortwirkenden Einigung und der schon vorweggenommenen Übergabe (RG 79, 245; 60, 72; 66, 344).

3. Besitzaufgabe. Die Besitzaufgabe muß tatsächlich durchgeführt werden. Es genügt nicht, daß der Eigentümer den Besitzwillen aufgibt, er muß sich der tatsächlichen Gewalt wirklich entledigen. Die Entledigung kann auch im Liegenlassen bestehen, wenn dieses mit Aufgabe der tatsächlichen Gewalt verbunden ist. Die Besitzaufgabe kann auch durch Dritte erfolgen, z. B. durch den Besitzdiener. Unter Umständen kann in einer Besitzaufgabeerklärung gegenüber dem Besitzdiener oder dem Besitzvermittler eine zur Eigentumsaufgabe genügende Besitzaufgabe liegen. Aus der Besitzaufgabe wird häufig auf die Absicht des Verzichts auf das Eigentum geschlossen werden können (RGSt 42, 43, von Kunden in Besitz genommene, dann im Geschäft zurückgelassene Rabattmarken). Notwendig ist der Schluß jedoch nicht. Denn der Besitz kann auch aus anderen Gründen aufgegeben werden, z. B. um zeitweise eine Entlastung zu haben (RGSt 39, 28, Patronenhülsen).

4. Eigentumsaufgabe nach Besitzverlust. Der Wortlaut des § 959 scheint die Eigentumsaufgabe nur dem zu gestatten, der den Besitz noch nicht verloren hat. Dem Sinne und Zwecke der Vorschrift nach muß aber angenommen werden, daß auch die dem unfreiwilligen Besitzverlust oder der in anderer Absicht erfolgten Besitzaufgabe nachfolgende, nach außen zutage tretende Absicht der Eigentumsaufgabe den Eigentumsverlust nach sich ziehen kann.

5. Rechte Dritter an der Sache stehen der Aufgabe des Eigentums nicht im Wege, werden aber auch von ihr nicht berührt.

§ 960

Wilde Tiere[1]) sind herrenlos, solange sie sich in der Freiheit[2]) befinden. Wilde Tiere in Tiergärten[3]) und Fische in Teichen oder anderen geschlossenen Privatgewässern[4]) sind nicht herrenlos.

Erlangt ein gefangenes wildes Tier[5]) die Freiheit wieder[6]), so wird es herrenlos, wenn nicht der Eigentümer das Tier unverzüglich[7]) verfolgt[8]) oder wenn er die Verfolgung aufgibt.

Ein gezähmtes Tier[9]) wird herrenlos, wenn es die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort[10]) zurückzukehren.

E I 905 II 875; M 3 371, 372; P 3 254, 255.

1. Wilde Tiere. Das BGB setzt den Unterschied zwischen wilden und zahmen Tieren voraus und gibt keine Begriffsbestimmung. Nur so viel ist aus § 960 zu entnehmen, daß die Freiheit das Unterscheidungsmerkmal sein soll, nämlich die natürliche und angeborene Freiheit als Erkennungszeichen des wilden Tieres, die durch Gewöhnung, Zähmung, Abstammung von gezähmten Tieren im Laufe der Zeit zur andern Natur gewordene Abhängigkeit vom Menschen als Erkennungszeichen des zahmen Tieres. Gattungsunterschiede sind dabei nicht unbedingt maßgebend. Dieselbe Tiergattung kann als wild und als zahm vorkommen. Das einzelne Tier ist aber entweder wild oder zahm. Ein wildes wird durch Zähmung zum gezähmten, nicht zum zahmen, ein zahmes durch Verwilderung nicht zum wilden, es bleibt ein zahmes, vgl. auch RGSt 50, 183.

2. Solange sie sich in der Freiheit befinden: Gemeint ist hier die ursprüngliche, natürliche Freiheit, Bewegungsfreiheit. Durch Raumbeschränkung, z. B. Beschränkung auf den Raum einer Insel, ist die Freiheit in diesem Sinne nicht behindert. Auch ein wildes Tier, das sich selbst in einer natürlichen Grube gefangen oder in Schlinggewächse verstrickt hat, muß im Sinne des § 960 noch als in der Freiheit befindlich erachtet werden, desgleichen ein wildes Tier, das von einem andern Tiere in — sei es noch so enger — Abhängigkeit gehalten wird. Die Freiheit hört erst dann auf, wenn der Mensch das Tier in seiner Gewalt hat. Bis zu diesem Augenblick ist das wilde Tier nach § 960 Abs 1 auch herrenlos: daß aber in diesem Augenblicke die Herrenlosigkeit endigt, sagt das Gesetz nicht. Sie endigt vielmehr erst dann, wenn nach § 958 Eigentum an dem Tiere erworben wird. Selbst durch die Besitzergreifung wird darum in den Fällen des § 958 Abs 2 die Herrenlosigkeit nicht beendigt.

3. Tiergarten. Der Begriff steht nicht fest. Gemeint ist wohl ein für den Aufenthalt der Tiere bestimmter Teil der freien Erdoberfläche, der einerseits so abgeschlossen ist, daß die Tiere daraus nicht entkommen können, und anderseits solchen Umfang und solche Einrichtung hat, daß das Ergreifen und Erlegen der Tiere nicht, wie bei der freien Jagd, unsicher, sondern so leicht gemacht ist, daß man die Tiere nach der allgemeinen Verkehrsauffassung

auch schon vor dem Ergreifen und Erlegen als in der unmittelbaren Gewalt des Berechtigten befindlich betrachten muß. Sogenannte „eingehegte Reviere" werden darum nicht in allen Fällen als Tiergärten zu erachten sein, Prot 3, 254. Anderseits darf auch nicht ohne weiteres aus großem Umfang des Wildparks auf Herrenlosigkeit des darin gehaltenen Wildes geschlossen werden (**RG**St 42, 75; **RG** JW 1916, 907[6]). Zu eng LZ 1916, 636: kleinere Flächen, in denen Tiere zu andern als Jagdzwecken gehalten werden, zur Schau oder Zierde, zu wissenschaftlichen oder Zuchtzwecken. Daraus, daß die im Tiergarten befindlichen Tiere nicht herrenlos sind, ergibt sich ohne weiteres, daß auch ihre Bestandteile nicht herrenlos sind, sondern dem Schicksal des Tieres und im Falle der Trennung (abgeworfene Hirschstangen) den §§ 953 f. folgen. Nicht alle wilden Tiere im Tiergarten fallen unter die Ausnahme. Ein Adler, der frei auf einem Baume des Tiergartens horstet, ist herrenlos. Denn für ihn sind die Schranken des Tiergartens ohne Bedeutung.

4. Teiche und andere geschlossene Privatgewässer. Es muß sich um Privatgewässer handeln. Der Gegensatz dazu ist: öffentliche Gewässer. Ob ein bestimmtes Gewässer öffentliches oder Privatgewässer ist, kann nur aus dem Landesrecht ersehen werden, dem Wasserrecht und Fischereirecht durch EG Artt 65, 69 vorbehalten sind. Geschlossene Gewässer sind solche, die eine für den Wechsel der Fische geeignete regelmäßige Verbindung mit einem andern Gewässer nicht haben. Ob die Verbindung schon nach der natürlichen Bodengestaltung fehlt oder künstlich unterbrochen ist, kommt nicht in Betracht.

5. Gleichgültig, ob **einheimisch** oder **fremdländisch.**

6. Wiedererlangen der Freiheit, d. h. Entkommen aus der menschlichen Gefangenschaft überhaupt. Ein gefangenes Tier, das aus der Gefangenschaft seines Herrn entkommt, um alsbald in die eines andern zu fallen, erlangt die Freiheit nicht, wird also nicht herrenlos.

7. Unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern nach Erlangung der Kenntnis von der Flucht des Tieres (vgl. § 121 Abs 1).

8. Verfolgen, d. h. zur Wiedererlangung bestimmte und geeignete Vorkehrungen treffen. Das Verfolgen muß nicht persönlich geschehen, es gehört dazu auch das Verfolgenlassen durch Beauftragte und um Hilfe Gebetene. Auch die freiwillige Verfolgungstätigkeit Dritter zugunsten des Eigentümers ist diesem zugute zu rechnen, nicht aber die Verfolgung, die Dritte unternehmen, um sich das Tier anzueignen oder um ein Raubtier sicherheitshalber zu töten. Ob eine Verfolgung seitens des Eigentümers darin gesehen werden kann, wenn er über das Ausbrechen eines Tieres Anzeige erstattet und zu dessen Wiedereinfangen auffordert, ohne selbst tätig zu werden, ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen, ebenso, wann die Verfolgung als aufgegeben zu erachten ist. Mit der Absicht, das Eigentum aufzugeben, muß das Aufgeben der Verfolgung nicht verbunden sein. Auch die Erklärung, Eigentümer bleiben zu wollen, kann vor dem Verluste des Eigentums durch Aufgabe der Verfolgung nicht schützen. Das Verfolgen und das Aufgeben der Verfolgung sind keine rechtsgeschäftlichen Handlungen. Es wird auch nicht angehen, auf sie die Vorschriften über Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden.

9. Gezähmte Tiere: Hierunter sind nicht zahme Tiere, also insbesondere nicht Haustiere, sondern nur gezähmte wilde Tiere zu verstehen, also ursprünglich wilde Tiere, die durch Zähmung die Gewohnheit angenommen haben, freiwillig in der Gewalt des Menschen zu bleiben oder doch nach vorübergehender Abwesenheit dorthin wieder zurückzukehren. Richtig ist, daß es sich bei den gezähmten Tieren der Hauptsache nach um eine psychische Gefangenschaft handelt. Die Grenze zwischen dem gefangen gehaltenen wilden Tiere und dem gezähmten Tier ist flüssig, die Unterscheidung zwischen zahmen und gezähmten Tieren kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein. Entscheidend ist die Verkehrsauffassung. Bedenklich **RG**St 48, 384 wo Brieftauben als gezähmte Tiere angesehen werden. Zahme Tiere werden durch Ablegen der Rückkehrgewohnheit nicht herrenlos, sie bleiben im Eigentum ihres Herrn solange, bis dieser sein Eigentum tatsächlich aufgegeben hat (**RG**St 51, 183).

10. Rückkehr an den ihm bestimmten Ort. Das ist nicht ganz wörtlich zu nehmen. Ein gezähmtes Tier, das nicht gerade an den ihm bestimmten Ort, aber doch an einen andern im Gewaltbereiche seines Eigentümers gelegenen Ort zurückkehrt, kann nicht als herrenlos geworden angesehen werden.

§ 961

Zieht ein Bienenschwarm aus, so wird er herrenlos, wenn nicht der Eigentümer ihn unverzüglich verfolgt oder wenn der Eigentümer die Verfolgung aufgibt.

E I 906 II 876; M 3 373; P 3 255.

Das Ausziehen eines Bienenschwarms, d. h. dessen auf Natureigentümlichkeit beruhendes Wegziehen zur Ansiedlung an anderem Orte, wird der Wiedererlangung der Freiheit durch ein gefangenes wildes Tier gleichgestellt (vgl. § 960 Abs 2).

§ 962

[1]) **Der Eigentümer des Bienenschwarmes darf bei der Verfolgung fremde Grundstücke betreten[2]). Ist der Schwarm in eine fremde nicht besetzte[3]) Bienenwohnung eingezogen, so darf der Eigentümer des Schwarmes zum Zwecke des Einfangens die Wohnung öffnen und die Waben herausnehmen oder herausbrechen. Er hat den entstehenden Schaden zu ersetzen[4]).**

E I 907 II 877; M 3 378; P 3 255; 6 235, 236.

1. **Rechte gegen Dritte bei der Verfolgung des Bienenschwarms.** Der § 962 gewährt dem Eigentümer eines ausgezogenen Bienenschwarms zugunsten der Verfolgung weitgehende Rechte gegen Dritte. Der Eigentümer ist nicht, wie nach § 867 der Besitzer einer auf ein fremdes Grundstück gelangten Sache, auf den Anspruch beschränkt, daß ihm das Betreten des Grundstücks, auf dem der ausgezogene Schwarm sich angesiedelt hat, zur Nachsuche und Wegnahme gestattet wird, sondern das Gesetz gestattet ihm unmittelbar selbst, dieses Grundstück und auch andere bei der Verfolgung zu betreten, macht seinen darin liegenden Eingriff in die Rechte des Grundstückseigentümers zum berechtigten Eingriff und schließt die Rechtmäßigkeit der Gegenwehr aus. All dies, weil sonst ein Erfolg der Verfolgung nicht abzusehen ist. Aus dem gleichen Grunde ist das Öffnen der fremden Bienenwohnung und das Herausbrechen der Waben vom Gesetz unmittelbar gestattet.

2. **Umfang des Betretungsrechts:** Nicht jedes Grundstück überhaupt, sondern nur jedes Grundstück, dessen Betreten zur wirksamen Durchführung der Verfolgung notwendig ist, darf betreten werden. Unnützes Herumlaufen auf seinem Grundstücke kann der Eigentümer hindern. Das Übersteigen von Hecken und Zäunen ist nicht ausgeschlossen. Polizeiliche Betretungsverbote, soweit sie nicht lediglich zugunsten des Eigentümers des Grundstücks erlassen sind, werden durch Satz 1 nicht berührt.

3. **Nichtbesetzte Bienenwohnung:** Wegen der besetzten vgl. § 964.

4. **Schadensersatz.** Sowohl für den beim Betreten des Grundstücks als auch für den beim Herausnehmen der Waben angerichteten Schaden ist Ersatz zu leisten, und zwar ohne Rücksicht auf Verschulden.

§ 963

[1]) **Vereinigen sich ausgezogene Bienenschwärme mehrerer Eigentümer, so werden die Eigentümer, welche ihre Schwärme verfolgt haben, Miteigentümer des eingefangenen Gesamtschwarmes; die Anteile bestimmen sich nach der Zahl der verfolgten Schwärme[2])[3]).**

E I 908 II 878; M 3 373, 374; P 3 255.

1. **Vereinigung von Bienenschwärmen:** Im § 963 sind die Grundsätze über die Rechtsverhältnisse bei der untrennbaren Vereinigung beweglicher Sachen (§§ 947, 948) auf die Bienenschwärme übertragen. Nur soll für die Anteile der Miteigentümer nicht der Wert, sondern die Zahl der verfolgten Schwärme maßgebend sein. Fraglich kann sein, welches Rechtsverhältnis entsteht, wenn eine Vereinigung mit herrenlosen Bienenschwärmen stattfindet. Wird nur ein ausgezogener Bienenschwarm verfolgt und haben sich mit ihm andere herrenlose vereinigt, so kann kein Zweifel sein, daß der Eigentümer, der den Gesamtschwarm einfängt, Alleineigentümer des Gesamtschwarms wird, indem er sein Eigentum an seinem Schwarme behält und den herrenlosen sich aneignet. Aber auch wenn mehrere Eigentümer ihre ausgezogenen Schwärme verfolgen und diese sich miteinander und mit herrenlosen Schwärmen vereinigt haben, ist ein anderes nicht denkbar, als daß sie beim Einfangen des Gesamtschwarms am ganzen Gesamtschwarm, einschließlich der dazugekommenen herrenlosen Schwärme — an den letzteren durch gemeinsame Aneignung —, Miteigentümer werden. Daß hierbei auch die Anteile an dem ganzen Gesamtschwarme so bemessen werden wie wenn er nur aus verfolgten Schwärmen bestanden hätte, ist ein Ergebnis von solcher Einfachheit und natürlicher Billigkeit, daß es als im Sinne des § 963 gelegen erachtet werden muß.

2. **Ausnahmen:** Die Grundsätze des § 963 werden auch dann anzuwenden sein, wenn die vereinigten Bienenschwärme zusammen in eine unbesetzte Bienenwohnung einziehen oder wenn die mehreren Schwärme sich in einer unbesetzten Bienenwohnung vereinigen. Den Fall aber, daß sie in eine besetzte Bienenwohnung einziehen, regelt § 964.

3. **Rechte Dritter.** Auf die Rechte Dritter, die an den verfolgten Einzelschwärmen vor der Vereinigung bestanden haben, ist § 949 entsprechend anzuwenden.

§ 964

Ist ein Bienenschwarm in eine fremde besetzte Bienenwohnung eingezogen, so erstrecken sich das Eigentum und die sonstigen Rechte an den Bienen, mit denen die Wohnung besetzt war, auf den eingezogenen Schwarm. Das Eigentum und die sonstigen Rechte an dem eingezogenen Schwarme erlöschen.

E I 909 II 879; M 3 374; P 3 255; 4 590, 591.

Ein Anspruch auf Vergütung für den Verlust des Eigentums und der Rechte an dem eingezogenen Schwarme nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung ist im § 964 nicht eingeräumt. Es fragt sich, ob § 951 entsprechend anzuwenden ist. Dies wird mit Recht von der überwiegenden Zahl verneint. Der Fall des Einzugs eines Bienenschwarms in eine besetzte Bienenwohnung ist in seinen tatsächlichen Umständen so eigenartig, daß ein zur entsprechenden Anwendung zwingender Grund nicht anerkannt werden kann.

VI. Fund

§ 965

Wer eine verlorene[1]) Sache findet und an sich nimmt[2]), hat dem Verlierer oder dem Eigentümer oder einem sonstigen Empfangsberechtigten[3]) unverzüglich Anzeige zu machen[4]).

Kennt der Finder[5]) die Empfangsberechtigten nicht oder ist ihm ihr Aufenthalt unbekannt, so hat er den Fund und die Umstände, welche für die Ermittelung der Empfangsberechtigten erheblich sein können, unverzüglich der Polizeibehörde anzuzeigen[6]). Ist die Sache nicht mehr als drei Mark wert, so bedarf es der Anzeige nicht[7]).

E I 910, 921 II 880; M 3 375—377, 386; P 3 255, 256, 272.

1. **Verloren** kann nur eine Sache sein, die nicht herrenlos ist. Dagegen kann eine verlorene Sache durch Hinzutreten des Eigentumsaufgabewillens herrenlos werden; sie hört dann auf, verloren zu sein. Denn der Begriff des Verlorenseins setzt Fortdauer der Rechtsstellung des Eigentümers und Verlierers voraus. Er setzt ferner voraus, daß ein Besitz an der Sache nicht mehr besteht. Wird der Besitz an einer z. B. im Hause verlegten Sache durch den Besitz an den Räumen, wenn auch unbewußt, aufrechterhalten, so ist die Sache nicht verloren. „Das Haus verliert nichts." Das gilt nicht nur für das eigene Haus, sondern auch für Räume, in denen man zur Miete wohnt, z. B. Zimmer eines Gasthauses, und nicht nur für die Zeit, in der man dort wohnt. Nicht verloren sind auch versteckte Sachen, also insbesondere die der Sicherheit halber an irgendeinem Ort verborgenen Sachen. Denn der Besitz an diesen besteht fort (RG St 2. 3. 11 I 1220/10). Der Besitzverlust muß auch eine gewisse Endgültigkeit haben. Der nur vorübergehende Verlust genügt nicht. Eine entfallene Sache, deren Verlust und Verbleib alsbald entdeckt wird, ist nicht verloren. In welchem Zeitpunkte man von Verlorensein sprechen kann, ist darum im allgemeinen nicht zu sagen, vielmehr im einzelnen Falle nach der Verkehrsauffassung zu bestimmen. Eine im Straßengewühl der Großstadt entfallene Börse kann nach Sekunden als verloren anzusehen sein, eine auf einsamem Wege entfallene nach Stunden noch als bloß augenblicklich abhanden gekommen. Der Besitzverlust muß unwillkürlich erfolgen. Die weggeworfene Sache ist sowenig verloren wie die gestohlene. Freilich kann der Dieb seinerseits die gestohlene Sache verlieren, weil Verlierer und Eigentümer nicht ein und dieselbe Person sein muß. Auch durch den Besitzdiener und im Falle des mittelbaren Besitzes durch den Besitzvermittler kann die Sache verloren werden. Fraglich ist nur, ob die Sache auch dann für den Besitzer oder mittelbaren Besitzer als verloren im Sinne des § 965 zu gelten hat, wenn sie zwar ohne sein Wissen und Willen, aber mit Wissen und Willen des Besitzdieners oder Besitzvermittlers besitzerlos geworden ist (bejahend: Planck, Staudinger).

2. **Finden** ist Wahrnehmen mit dem Bewußtsein, daß es sich um eine verlorene Sache handelt, **Ansichnehmen** willkürliche Besitzergreifung. Aufnehmen zur Besichtigung ist nicht „Ansichnehmen". Das Ansichnehmen ist Rechtshandlung, aber kein Rechtsgeschäft.

3. Der **Verlierer** gilt ebenso wie der Eigentümer ohne weiteres von Gesetzes wegen als empfangsberechtigt. Der Finder braucht seine Rechtsstellung nicht nachzuprüfen. Empfangsberechtigt kann auch derjenige sein, der die Sache vor dem Verlust als dinglich Nutzungsberechtigter oder auf Grund Gestattung des Eigentümers oder Nutzungsberechtigten, z. B.

als Mieter, im Besitz hatte. Auch der Pfandgläubiger kann in Frage kommen. Aber auch die auf der Sache oder auf ihr anhaftenden Marken, z. B. Schlüsselmarken als empfangsberechtigt bezeichneten Dritten zählen hierher.

4. Anzeige an den Empfangsberechtigten. Das Gesetz verlangt Anzeige an den bekannten Empfangsberechtigten selbst. Die Anzeige an die Polizei genügt daher nicht, wenn der Finder einen Empfangsberechtigten kennt. Dagegen braucht der Finder die Anzeige nicht in eigener Person zu machen. Er kann sich dazu auch anderer, so auch der Polizeibeamten als Mittelspersonen bedienen. Übernimmt daher die Polizei allgemein oder im einzelnen Falle die Anzeigevermittlung, so genügt der Finder seiner Pflicht zur Anzeige an den Empfangsberechtigten auch auf dem Wege der Verständigung durch die Polizei. Eine besondere Form ist für die Anzeige nicht vorgeschrieben. Sie könnte also unter Umständen auch durch Veröffentlichung in einem Tagesblatte erfolgen. Es kommt dabei darauf an, ob die Veröffentlichung nach den Umständen dem Empfangsberechtigten die Kenntnis des Fundes zu vermitteln geeignet war. Die Anzeige ist selbstverständlich nur dann zu erstatten, wenn sie tunlich ist. So entfällt die Anzeigepflicht, wenn der bekannte Verlierer bekannten Aufenthalts, aber nicht erreichbar oder nur mit unverhältnismäßigen Kosten mit der Anzeige erreichbar ist. Wird der Verlierer erreichbar, so ist die Anzeige unverzüglich nachzuholen.

5. Finder ist — auch bei mehreren am Fund Beteiligten — derjenige, der die verlorene Sache g e f u n d e n u n d a n s i c h g e n o m m e n hat.

6. Anzeige an die Polizeibehörde. Die Pflicht zu dieser Anzeige ist nicht nur dann verletzt, wenn die Anzeige überhaupt versäumt oder verzögert wird, sondern auch dann, wenn dabei die zur Ermittlung des Empfangsberechtigten dienlichen Umstände nicht gewissenhaft angegeben werden. Wird dem Finder nach Erstattung der Anzeige bei der Polizei ein Empfangsberechtigter bekannt, so ist zwar im Gesetz eine zweite Anzeige nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Das Bekanntwerden des Empfangsberechtigten hindert aber den seinerzeitigen Eigentumserwerb des Finders (§ 974) und hat dem Sinn und Zweck des § 965 nach auch die Pflicht zur Anzeige an den Empfangsberechtigten nach Abs 1 zur Folge. Vgl. A 7. Welche Polizeibehörde zur Entgegennahme der Anzeige zuständig ist, bestimmt das Landesrecht. Die von der Polizei zu entfaltende Tätigkeit bezweckt den Schutz der verschiedenen, in Ansehung eines Fundes möglicherweise in Betracht kommenden, noch ungewissen oder unbekannten Privatrechte. Sie dient also der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und damit dem öffentlichen Interesse (**RG** 5. 1. 06 III 397/05).

7. Fund geringwertiger Sachen. Nur die Anzeige bei der Polizei im Falle des Abs 2 ist bei geringwertigen Sachen erlassen, nicht auch die Anzeige an den bekannten Empfangsberechtigten im Falle des Abs 1. Dies hat die Annahme zur notwendigen Folge, daß die Pflicht zur Anzeige an den Empfangsberechtigten im Augenblicke seines Bekanntwerdens eintritt. Der Finder hat also nach dem Bekanntwerden des Empfangsberechtigten diesem unverzüglich gemäß § 965 Abs 1 Anzeige zu machen. Nimmt man aber dieses für den Fall des Fundes geringwertiger Sachen an, so wird man sich der gleichen Annahme für den Fall nachträglichen Bekanntwerdens des Empfangsberechtigten beim hochwertigen Fund nicht entschlagen können.

§ 966

Der Finder ist zur Verwahrung der Sache verpflichtet[1]).

Ist der Verderb der Sache zu besorgen oder ist die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden, so hat der Finder die Sache öffentlich versteigern zu lassen[2]). Vor der Versteigerung ist der Polizeibehörde Anzeige zu machen[3]). Der Erlös tritt an die Stelle der Sache.

E I 911, 913 II 881; M 3 378, 379; P 3 258, 261.

1. Verwahrungspflicht des Finders: Die Verwahrungspflicht des Finders beginnt erst dann, wenn er die Sache wirklich an sich genommen hat. Solange er sie nur zur Besichtigung aufgenommen hat, kann er sie wieder niederlegen. Die Verwahrungspflicht ist aber auch sonst keine unbedingte. Erweist sich die Sache als verdorben und wertlos oder verdirbt sie und wird wertlos, so kann sich der Finder ihrer ohne weiteres entledigen. Denn die Verwahrung nach § 966 Abs 1 hat nur den Zweck, dem Empfangsberechtigten die Sache zu erhalten. Ist dieser Zweck unerreichbar, so entfällt auch die Verwahrungspflicht. Sie liegt auch dann nicht im Sinne des Gesetzes, wenn der Zustand der Sache (z. B. wegen Ansteckungsgefahr) ihre Verwahrung untunlich erscheinen läßt (Unmöglichkeit der Erfüllung). Daß dagegen die Verwahrung dem Finder lediglich lästig fällt, ist kein Grund, ihn zur Aufgabe der Verwahrung zu ermächtigen. Denn durch § 967 ist ihm freigestellt, die Sache an die Polizeibehörde abzuliefern. Die Verwahrungspflicht erstreckt sich auch auf Beziehen, Verwahren und Verwerten etwaiger Früchte der Sache, z. B. der Milch einer gefundenen Kuh. Der etwaige Erlös ist mit herauszu-

geben oder geht an den Kosten für Verwahrung und den sonstigen Aufwendungen ab. Die Kosten des Beziehens, Verwahrens, Verwertens der Früchte mindern ohne weiteres deren Erlös. Das Selbstbeziehen der Früchte durch den Finder ist unter Umständen nicht ausgeschlossen.

2. **Versteigerung:** Der Finder hat die Pflicht, versteigern zu lassen, nur dann, wenn er nicht vorzieht, die Sache an die Polizeibehörde abzuliefern (§ 967). Über den Begriff der öffentlichen Versteigerung vgl. § 383 Abs 3. Durch die Versteigerung erlangt der Ansteigerer, dem die Sache der Versteigerung zufolge übertragen wird, Eigentum. Aber nicht etwa auf Grund der §§ 932, 935 Abs 2. Denn der Finder ist hier als Veräußerer kraft Gesetzes an die Stelle des Eigentümers getreten. Er ist berechtigt, auf Grund der öffentlichen Versteigerung wirksam Eigentum zu übertragen, der Erwerb von ihm ist also nicht Erwerb von Nichtberechtigten. War der Finder nicht berechtigt, die Sache versteigern zu lassen, weil die Voraussetzungen des Abs 2 nicht vorlagen, so kann er zwar nicht wirksam Eigentum übertragen, der gutgläubige Erwerber aber erlangt dann Eigentum nach § 935 Abs 2. Der gute Glaube, der hier verlangt wird, ist der Glaube an das Vorliegen einer ordnungsmäßigen Fundversteigerung.

3. **Die Anzeige über das Bevorstehen der Versteigerung** soll der Polizeibehörde ermöglichen, zu prüfen, ob der Versteigerungsfall gegeben ist und, wenn sie es für erforderlich hält, sich die Sache oder den Versteigerungserlös abliefern zu lassen (§ 967). Die Anzeige muß daher so frühzeitig erfolgen, daß die Polizeibehörde ihre Verfügung noch rechtzeitig treffen kann. Die Versteigerung zu verbieten, steht der Polizeibehörde nach §§ 966, 967 nur zu, wenn sie gleichzeitig die Ablieferung anordnet.

§ 967

[1]) Der Finder ist berechtigt[2]) und auf Anordnung der Polizeibehörde verpflichtet, die Sache oder den Versteigerungserlös an die Polizeibehörde abzuliefern.

E I 912 II 882; M 3 379; P 3 259.

1. **Fundablieferung an die Polizeibehörde.** Die Ablieferung kann sowohl der Entlastung des Finders wie der Sicherstellung des Verlierers dienen. Sie hat zur Folge, daß der Finder seiner Verpflichtung zur Verwahrung und zur Herausgabe an den Berechtigten ledig wird, ohne seiner Ersatzansprüche für Aufwendungen, seines Finderlohns und seines Anrechts auf die Sache oder den Erlös nach fruchtlosem Ablaufe der Wartezeit verlustig zu gehen. Die Polizeibehörde anderseits hat dafür zu sorgen, daß die Verwahrung und gegebenenfalls die Herausgabe an den Empfangsberechtigten erfolgt und die Ansprüche des Finders erfüllt werden. Ihre Obliegenheiten sind indessen, wenn schon auf dem BGB beruhend, doch nicht private Schuldrechtsverbindlichkeiten, sondern Amtspflichten der beteiligten Beamten. Zu deren wirksamer Ausübung stehen der Polizeibehörde die gleichen gesetzlichen Ermächtigungen zur Seite wie dem Finder vor der Ablieferung, insbesondere die Befugnis zur Anordnung der Versteigerung. Die Versteigerung im Auftrage der Polizeibehörde hat die gleiche Wirkung wie die im Auftrage des Finders erfolgte öffentliche Versteigerung. Was die bei der Polizeibehörde aufgewendeten Kosten anlangt, so steht deren Anforderung das BGB nicht entgegen, aber auch nicht zur Seite. Die Rechtsnorm für die Pflicht zum Ersatze dieser Kosten muß, da es Kosten für öffentliche Hilfeleistung sind, dem öffentlichen Rechte, also dem Landesrechte, entnommen werden, das auch im übrigen zur Regelung der Obliegenheiten der Polizeibehörden in Fundsachen insoweit zuständig ist, als nicht das BGB selbst Vorschrift getroffen hat.

2. **Ablieferungsberechtigung.** Die Berechtigung hat bürgerlichrechtliche Wirksamkeit gegenüber dem Verlierer — dieser muß sich die Ablieferung mit ihren Wirkungen gefallen lassen —, öffentlichrechtliche Bedeutung gegenüber der Polizeibehörde. Die unter 1 geschilderten Wirkungen der Ablieferung treten aber erst mit der wirklichen Übernahme durch die Polizeibehörde ein. Nicht also z. B. schon durch das Anbieten der Ablieferung dann, wenn die Polizeibehörde vorübergehend wegen Mangels eines Verwahrungsraumes zur Übernahme außerstande ist.

3. **Ablieferungspflicht auf Verlangen der Polizeibehörde.** Die Pflicht besteht nur der Polizeibehörde gegenüber und hat öffentlichrechtliche Natur. Die Erzwingung ihrer Erfüllung erfolgt nicht im Rechtswege, sondern auf dem Wege der polizeilichen Zwangsmaßregeln. Die Anordnung der Ablieferung kann von vornherein für alle Funde oder für bestimmte Arten von solchen aber auch im einzelnen Fall auf die Fundanzeige hin erfolgen.

§ 968

Der Finder hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten[1]).

E II 883; P 3 258, 259.

1. Haftungsverbindlichkeit des Finders. Die Vorschrift überträgt den Grundsatz des § 680 auf das Fundrecht. Wie der, der auftragslos fremde Geschäfte führt, um von dem Geschäftsherrn drohende dringliche Gefahr abzuwenden, so soll auch der Finder, der in ganz ähnlicher Lage ist, nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten haben. Der Finder haftet also für den Schaden dann, wenn er den ihm als Finder obliegenden Pflichten vorsätzlich oder unter besonders schwerer Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt — grob fahrlässig — zuwiderhandelt, während er für leichtere Versehen nicht verantwortlich ist. Der Verstoß kann sich richten gegen die Anzeigepflicht, aus deren Verletzung unnütze Kosten für Nachforschungen und Schäden durch verspätete Ermittlung des Berechtigten entstehen können, er kann sich ebenso gegen die Pflicht zur Verwahrung richten und die Beschädigung oder den Untergang der Sache zur Folge haben, er kann sich endlich gegen die Pflicht zur gewissenhaften Prüfung der Empfangsberechtigung richten und den Verlust durch Herausgabe an einen Unberechtigten zur Folge haben.

§ 969

Der Finder wird durch die Herausgabe der Sache an den Verlierer auch den sonstigen Empfangsberechtigten gegenüber befreit.

E II 884; P 3 259—261.

Herausgabe an den Verlierer. Das Gesetz erleichtert die Verantwortlichkeit des Finders für richtige Herausgabe wesentlich dadurch, daß es den Verlierer als den Empfangsberechtigten bezeichnet. Hiernach wird der Finder einer gestohlenen und vom Dieb verlorenen Sache frei, wenn er die Sache dem Dieb herausgibt. Man wird das aber nur für den Fall anzuerkennen haben, daß der Finder den wahren Sachverhalt nicht kennt. Kennt er ihn, gibt er trotzdem dem Dieb als dem Verlierer die Sache zurück und verstößt dadurch gegen § 257 des StGB, so kann er sich auf § 969 nicht berufen, weil die Herausgabe nach § 138 nichtig ist. Aus § 968 ergibt sich weiter, daß der Finder schon dann frei wird, wenn er an denjenigen herausgibt, den er ohne grobe Fahrlässigkeit für den Verlierer hält, auch wenn er nicht wirklich der Verlierer ist.

Kraft der gesetzlichen Empfangsberechtigung des Verlierers wird der Finder durch Herausgabe an ihn auch dann frei, wenn der Eigentümer den Herausgabeanspruch erhebt und sein Recht glaubhaft macht. Er braucht sich auf den Streit zwischen Verlierer und angeblichem Eigentümer nicht einzulassen und braucht die Sache nicht zu hinterlegen. Anderseits ist daran festzuhalten, daß der Verlierer als solcher nur eine Empfangsberechtigung, aber keinen Herausgabeanspruch hat. Der Finder kann also, wenn dem Verlierer kein Recht auf die Sache zur Seite steht, ihm die Herausgabe verweigern und wird durch die Herausgabe an den wahren Berechtigten frei. Die gesetzliche Empfangsberechtigung des Verlierers ist nicht unantastbar. Der wahre Berechtigte hat die Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung zu erwirken, durch die dem Finder die Herausgabe an den Verlierer untersagt wird. In diesem Falle ist die Wirksamkeit des § 969 für die Dauer der einstweiligen Verfügung ausgeschaltet.

§ 970

Macht der Finder zum Zwecke der Verwahrung oder Erhaltung der Sache oder zum Zwecke der Ermittelung eines Empfangsberechtigten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so kann er von dem Empfangsberechtigten Ersatz verlangen.

E I 914 II 885; M 3 380; P 3 261, 262.

Ersatz der Aufwendungen. Soweit die Aufwendungen zur Verwahrung und Erhaltung notwendig sind, also auf Grund der Verwahrungspflicht gemacht werden müssen, würde sich der Ersatzanspruch auch aus § 966 schon ergeben. Dies muß auch von den Kosten einer etwaigen Versteigerung gelten. § 970 gibt den Ersatzanspruch in noch weiterem Umfange. Bezüglich der Aufwendungen der Polizeibehörde vgl. § 967 A 1 am Ende.

§ 971

Der Finder kann von dem Empfangsberechtigten[1]) einen Finderlohn[2]) verlangen. Der Finderlohn beträgt von dem Werte der Sache[3]) bis zu dreihundert Mark fünf vom Hundert, von dem Mehrwert eins vom Hundert, bei Tieren eins vom Hundert. Hat die Sache nur für den Empfangsberechtigten einen Wert, so ist der Finderlohn nach billigem Ermessen zu bestimmen.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Finder die Anzeigepflicht verletzt[4]) oder den Fund auf Nachfrage verheimlicht[5]).

E I 914 II 886; M 3 380, 381, 386; P 3 261—264, 272.

1. **Von dem Empfangsberechtigten,** d. h. von demjenigen Empfangsberechtigten, dem er herausgibt. Gegen die übrigen hat er keinen Anspruch.

2. **Finderlohn.** Gedacht ist der Finderlohn sowohl als Belohnung für die Ehrlichkeit wie als Vergütung für die Mühewaltung. Man wird aber daraus nicht den Schluß ziehen dürfen, daß durch den Finderlohn alle Mühe entschädigt sein soll, die der Finder aus Anlaß des Fundes aufgewendet hat. Hat der Finder z. B. gefundene Tiere längere Zeit selbst persönlich verpflegt oder durch seine Dienstleute pflegen lassen, während ihm frei blieb, solche durch Dritte verpflegen zu lassen oder der Polizei zu übergeben, so wird man ihm für diese besondere Mühewaltung eine Vergütung auch neben dem Finderlohn zubilligen müssen.

3. **Wert der Sache:** Der gemeine Wert zur Zeit der Herausgabe. Besonderes Interesse des Verlierers oder Finders kommt daneben nicht in Betracht.

4. **Verlust des Finderlohns bei Verletzung der Anzeigepflicht.** Vgl. § 965. Es muß schuldhafte Verletzung vorliegen, und zwar Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit (§ 968).

5. **Verlust des Finderlohns wegen Fundverheimlichung.** Die Verheimlichung muß auf die Anfrage eines glaubhaft Berechtigten geschehen. Sie kann durch Schweigen, Auskunftsverweigerung, Leugnen, Vorspiegelungen erfolgen. Kommt der Finder, um den Berechtigten zu täuschen, einer Anfrage mit solchen Vorspiegelungen zuvor, so wird es so anzusehen sein, als ob die Anfrage gestellt gewesen wäre. Ernsthafte Verweisung des Fragers an die Polizeibehörde, der die Anzeige erstattet ist, kann nicht als Verheimlichung erachtet werden. Dem Finder, der die vorgeschriebene Anzeige an die Polizeibehörde erstattet hat, wird insbesondere dann, wenn er die Fundsache an die Polizei abgeliefert hat, die Verweisung an die Polizei gestattet sein müssen. Wer dagegen den Frager nicht an die Polizei verweist, kann trotz der dorthin gemachten Anzeige und Ablieferung des Finderlohns verlustig gehen, wenn er dem anfragenden Berechtigten den Fund verheimlicht. Wer bei mehreren Empfangsberechtigten dem einen den Fund verheimlicht, dem andern mitteilt, verliert gegen den letzteren seinen Finderlohnanspruch nicht.

§ 972

Auf die in den §§ 970, 971 bestimmten Ansprüche finden die für die Ansprüche des Besitzers gegen den Eigentümer wegen Verwendungen geltenden Vorschriften der §§ 1000 bis 1002 entsprechende Anwendung[1]).

E I 915 II 887; M 3 379, 380; P 3 264—268; 6 236.

1. **Schutz der Ansprüche des Finders.** Der Finder kann die Herausgabe verweigern, bis er für die Verwendungen und den Finderlohn befriedigt ist, kann aber beides nur fordern, wenn der Empfangsberechtigte die Fundsache erhält oder die Ansprüche genehmigt. Hat der Empfangsberechtigte die Fundsache schon wieder in seinen Besitz bekommen und will er die Ansprüche des Finders nicht genehmigen, so kann er die Fundsache zurückgeben und sich damit von den Ansprüchen befreien. Ebenso kann er zum gleichen Zweck die ihm angebotene Fundsache zurückweisen. Nimmt er aber die ihm unter ausdrücklichem Vorbehalte jener Ansprüche angebotene Fundsache, so hat er die Ansprüche genehmigt. Erhält er die Sache ohne Vorbehalt der Ansprüche, so wird er nach Ablauf eines Monats von den Ansprüchen frei, falls er nicht inzwischen belangt ist oder genehmigt hat. Vgl. § 974.

§ 973

[1]) **Mit dem Ablauf eines Jahres nach der Anzeige des Fundes bei der Polizeibehörde erwirbt der Finder das Eigentum an der Sache, es sei denn, daß vorher ein Empfangsberechtigter dem Finder bekannt geworden ist oder sein Recht bei der Polizeibehörde angemeldet hat. Mit dem Erwerbe des Eigentums erlöschen die sonstigen Rechte an der Sache[2]).**

Ist die Sache nicht mehr als drei Mark wert, so beginnt die einjährige Frist mit dem Funde. Der Finder erwirbt das Eigentum nicht, wenn er den Fund auf Nachfrage verheimlicht. Die Anmeldung eines Rechtes bei der Polizeibehörde steht dem Erwerbe des Eigentums nicht entgegen.

E I 918—921 II 888; M 3 382—386; P 3 271, 272.

1. **Eigentumserwerb durch den Finder.** Mit dem Ablauf eines Jahres erlangt der Finder das Eigentum der Fundsache, und zwar nach Ablauf eines Jahres vom Augenblicke des Fundes

an in dem Falle, in dem eine Fundanzeige an die Polizei nicht vorgeschrieben ist, in den andern Fällen nach Ablauf eines Jahres von der Anzeige bei der Polizei. Solange diese nicht erstattet ist, kommt die Frist nicht in Lauf. In beiden Fällen erwirbt der Finder das Eigentum nicht, wenn ihm ein Empfangsberechtigter vor Ablauf der Frist bekannt geworden ist, in den Fällen der Notwendigkeit der Polizeianzeige auch dann nicht, wenn sich vor Ablauf der Frist ein Empfangsberechtigter bei der Polizei gemeldet hat, in den Fällen der Entbehrlichkeit der Polizeianzeige dann nicht, wenn er selbst auf Nachfrage den Fund verheimlicht hat. Die Umstände, die hiernach den Erwerb des Finders hindern, sind ihm im Streitfalle nachzuweisen. Auffällig ist, daß die Verheimlichung des Fundes auf Nachfrage den Eigentumserwerb des Finders dann nicht hindert, wenn es sich um einen wertvolleren Fund handelt, der der Polizei angezeigt ist. Man ist indessen nicht genötigt, ein Übersehen anzunehmen. Denn, wenn der Finder durch die Nachfrage Kunde von dem Empfangsberechtigten erhalten hat, so verliert er ohnehin sein Fundrecht. Hat ihn aber die Nachfrage nicht zu dem Glauben an die Empfangsberechtigung des Nachfragers gebracht und dieser auch auf die Verheimlichung hin keinen Anlaß zur Anmeldung seines Rechtes bei der Polizei genommen, so verlangt auch die Billigkeit nicht die Hintanhaltung des Funderwerbs.

Der Finder erwirbt nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes das Eigentum mit dem Ablaufe der Wartezeit, also erst von diesem Zeitpunkte an. Ob der Eigentumserwerb durch Fund als Erwerb durch Aneignung zu betrachten ist (wobei dem Finder bei der Inbesitznahme die Absicht unterstellt wird, gegebenenfalls das Eigentum zu erwerben) oder als Erwerb kraft Gesetzes, ist bestritten.

Hat jemand eine Sache als Fund bei der Polizei abgeliefert und liegen die Voraussetzungen vor, unter denen er das Eigentum an einem Funde erworben haben würde, verweigert ihm aber die Polizei die Aushändigung der Sache, weil kein Fund vorgelegen habe, so gehört der Anspruch des Finders auf Herausgabe seines Eigentums nicht dem bürgerlichen Recht an, er ist vor den ordentlichen Gerichten nicht verfolgbar (vgl. § 965 A 6 a. E.). Die Aushändigung des Fundes ist eine Amtshandlung der Polizei, auf deren Vornahme nicht geklagt werden kann (a. M. LZ 1917, 1148[9]).

2. **Rechte an der Sache.** Die früher bestandenen Rechte an der Sache erlöschen im Augenblick des Funderwerbs gleich dem früheren Eigentum. Die Fundverwirkung richtet sich gegen die Inhaber solcher Rechte, Pfandgläubiger, Nießbraucher mit um so mehr Fug, als sie nach Lage der Sache zumeist als Verlierer in Betracht kommen werden.

§ 974

[1]) Sind vor dem Ablaufe der einjährigen Frist Empfangsberechtigte dem Finder bekannt geworden oder haben sie bei einer Sache, die mehr als drei Mark wert ist, ihre Rechte bei der Polizeibehörde rechtzeitig angemeldet, so kann der Finder die Empfangsberechtigten[2]) nach den Vorschriften des § 1003 zur Erklärung über die ihm nach den §§ 970 bis 972 zustehenden Ansprüche auffordern[3]). Mit dem Ablaufe der für die Erklärung bestimmten Frist erwirbt der Finder das Eigentum und erlöschen die sonstigen Rechte an der Sache, wenn nicht die Empfangsberechtigten sich rechtzeitig zu der Befriedigung der Ansprüche bereit erklären[4])[5]).

E I 919 II 889; M 3 384, 385; P 5 268—272; 6 236.

1. **Funderwerb wegen Nichteinlösung des Fundes durch die Empfangsberechtigten.** Die durch rechtzeitiges Bekanntwerden oder Anmelden Empfangsberechtigter geschaffene Rechtslage, daß der Finder nicht Eigentümer wird, aber auch für seinen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen und auf Finderlohn nur das Recht der Zurückhaltung der Fundsache hat, ist dem Finder ungünstig, wenn die Empfangsberechtigten sich der Einlösung, d. h. der Befriedigung der Ansprüche gegen Herausgabe der Fundsache weigern. Denn der Finder muß dann die Fundsache als fremde behandeln und kann sich für seine Ansprüche keine Befriedigung verschaffen. Zugunsten des Finders ist darum in § 974 bestimmt, daß der Finder das Eigentum erwirbt, wenn die Empfangsberechtigten trotz Aufforderung binnen angemessener Frist sich zur Befriedigung der Ansprüche nicht bereit erklären.

2. **Die Empfangsberechtigten,** also alle Empfangsberechtigten. Solange die Frist nicht allen Empfangsberechtigten gesetzt und nicht gegen alle erfolglos abgelaufen ist, erlangt der Finder das Eigentum nicht. Man wird aber annehmen müssen, daß die Frist für einen jeden der Empfangsberechtigten gesondert abläuft, so daß er von dem erfolglosen Ablauf an als Empfangsberechtigter nicht mehr in Betracht kommt.

3. Aufforderung zur Erklärung: Zu verlangen ist die Erklärung, ob der Empfangsberechtigte zur Befriedigung der Ansprüche bereit ist. Genaue Angabe der Art und Höhe der Ansprüche ist Voraussetzung.

4. Folgen des Verhaltens der Empfangsberechtigten auf die Aufforderung. Wortlaut und Sinn der Vorschrift ergeben, daß der Finder Eigentümer der Fundsache wird, wenn die Empfangsberechtigten innerhalb der Frist überhaupt keine Erklärung abgeben oder die Befriedigung der Ansprüche verweigern, ohne sie zu bestreiten. Erklärt der Empfangsberechtigte dagegen, daß er sich der Befriedigung der Ansprüche nicht weigere, falls solche beständen, bestreitet er aber ihr Bestehen ganz oder teilweise, so kann nicht das gleiche gelten. Denn wenn man dies dem Wortlaute des § 974 nach annehmen würde, so würde sich daraus die Folge ergeben, daß der Finder, wenn die Fundsache wertvoll ist, in der Lage wäre, den Verlierer zur Anerkennung nicht bestehender oder übersetzter Ansprüche zu zwingen. Das kann vom Gesetze nicht gewollt sein. Es muß vielmehr solchenfalls möglich sein, die Frage des Bestehens der Ansprüche im Rechtswege auszutragen. Hierbei dem Empfangsberechtigten die Klägerrolle zuzuschieben, ihn für verpflichtet zu erklären, daß er im Wege der Feststellungsklage das Nichtbestehen der erhobenen Ansprüche bestreite, ist nach keiner Richtung befriedigend. Denn es entspricht weder der natürlichen Rechtslage noch den berechtigten Forderungen des Finders, der kein Mittel hat, die alsbaldige Klagestellung herbeizuführen, noch denen des Verlierers, dem das Beweisen des Nichtbestehens eines Anspruchs zugemutet wird. Befriedigend durch die Einfachheit der Lösung wie durch die Erfüllung der beiderseits zu stellenden Forderungen ist es, anzunehmen, daß im Falle der Bestreitung der Ansprüche innerhalb der Frist der Finder nunmehr das Recht hat, seine Ansprüche im Wege der Klage, und zwar nicht nur im Wege der Klage auf Feststellung, sondern im Wege der Klage auf Leistung zu verfolgen, wenn der Erklärung: „man weigere nicht, aber man bestreite" der Sinn innewohnt: „man erkläre sich verbindlich für den Fall, daß der Gegner das Bestehen des Anspruchs beweise, wolle aber diesen Beweis abwarten". Sollte aber die Erklärung nicht diesen Sinn, sondern den Sinn haben: „Man bestreite, weigere aber in jedem Falle", so wird man an sie die Verwirkung der Rechte des Erklärenden und, wenn dieser der einzige Empfangsberechtigte ist, den Eigentumserwerb des Finders als Folge zu knüpfen haben.

5. Wirkung der Erklärung der Empfangsberechtigten vor der Fristsetzung. Da die Fristsetzung nur den Zweck hat, den Empfangsberechtigten zur Erklärung über Verweigerung oder Nichtverweigerung der Befriedigung zu zwingen, so ist sie unnötig, wenn die Erklärung schon vorher erfolgt ist. Für den Fall der Anerkennung der Ansprüche ergibt sich dies unmittelbar aus den §§ 972 u. 1001. Für den Fall der Verweigerung aber muß darin, daß die Weigerung von vornherein ohne Abwarten der Fristsetzung erklärt wird, ein Verzicht des Empfangsberechtigten auf die Fristsetzung gefunden werden. Vgl. § 972 A 1.

§ 975

Durch die Ablieferung der Sache oder des Versteigerungserlöses an die Polizeibehörde werden die Rechte des Finders nicht berührt[1]). Läßt die Polizeibehörde die Sache versteigern[2]), so tritt der Erlös an die Stelle der Sache. Die Polizeibehörde darf die Sache oder den Erlös nur mit Zustimmung des Finders einem Empfangsberechtigten herausgeben[3]).

E I 913, 916 II 890; M 3 378, 380; P 3 261, 271.

1. Die **Rechte** des Finders bleiben **unberührt,** wohl aber ändern sich seine Pflichten. Er wird der Verwahrungspflicht ledig und seine Pflicht zur Herausgabe verwandelt sich in die Pflicht zur Zustimmung zur Herausgabe durch die Polizei. Eine gewisse Veränderung erfährt dadurch mittelbar auch das Zurückbehaltungsrecht des Finders dahin, daß er nunmehr der Herausgabe zuzustimmen nur gegen Befriedigung seiner Ansprüche verpflichtet ist.

2. Versteigerung auf Anordnung der Polizeibehörde: Wann diese zulässig ist, ergibt sich aus den dafür erlassenen öffentlichrechtlichen Normen des Landesrechts. Jedenfalls ist die Versteigerung in den Fällen des § 966 Abs 2 zulässig.

3. Darf nicht herausgeben. Die Schranke ist, wenn auch bürgerlichrechtlichen Ursprungs, doch öffentlichrechtlichen Inhalts. Gibt der Polizeibeamte trotz fehlender Zustimmung des Finders die Sache heraus, so verletzt er seine Amtspflicht und begründet dadurch gegebenenfalls eine Schadensersatzpflicht. Die bürgerlichrechtliche Wirksamkeit der Herausgabe aber ist davon nicht berührt. Auf die Erteilung der Zustimmung kann der Verlierer gegen den Finder klagen. Ist die Verweigerung der Zustimmung nicht ernsthaft, so ist die Polizei an der Herausgabe nicht gehindert. Dasselbe wird aber auch dann anzunehmen sein, wenn die Zustimmung frivol, trotz Anerkennung der Verpflichtung dazu, verweigert wird, wenn z. B. der mittellose Finder, der zur Ablieferung an die Polizei gezwungen worden ist, weil er die Anzeigepflicht verletzt hat, die Zustimmung offen nur deshalb verweigert, um dem Verlierer die Prozeßkosten nicht zu ersparen.

§ 976

Verzichtet der Finder der Polizeibehörde gegenüber auf das Recht zum Erwerbe des Eigentums an der Sache, so geht sein Recht auf die Gemeinde des Fundorts über[1]).

Hat der Finder nach der Ablieferung der Sache oder des Versteigerungserlöses an die Polizeibehörde auf Grund der Vorschriften der §§ 973, 974 das Eigentum erworben, so geht es auf die Gemeinde des Fundorts über, wenn nicht der Finder vor dem Ablauf einer ihm von der Polizeibehörde bestimmten Frist die Herausgabe verlangt[2]).

E I 923 II 891; M 3 386; P 3 272, 273.

1. **Verzicht auf den Fund:** Die Rechte auf den Fund sind frei veräußerlich. Verzichtet darum der Finder auf sein Recht zum Erwerb des Eigentums zugunsten eines bestimmten Dritten, so kommen die Grundsätze über die Übertragung von Ansprüchen zur Anwendung. Das Gesetz gibt dem Finder aber auch die Möglichkeit, sich seines Rechtes zum Erwerb des Eigentums ohne Übertragung durch einseitigen Verzicht zu entschlagen. Es läßt den Verzicht durch Erklärung gegenüber der Polizeibehörde wirksam werden und knüpft an ihn die Rechtsfolge des Erwerbs durch die Fundortgemeinde. Dieser Verzicht ist ein Rechtsgeschäft, aber kein Vertrag. Die Gemeinde ist nur an den Verzichtsfolgen, nicht aber an dem Verzichtsgeschäfte beteiligt. Die Gemeinde erhält daraus nur Rechte, nicht Pflichten.

Der Finder kann sich beim Verzichte seine Ansprüche auf Finderlohn und Ersatz von Aufwendungen vorbehalten; er setzt damit das Erlangen der für Finderlohn und Aufwendungen erhobenen Ansprüche zur Bedingung des Verzichts. Eine Verpflichtung der Gemeinde entsteht daraus nicht. Daraus, daß sie in Kenntnis des Vorbehalts die Sache übernimmt, kann (muß aber nicht) zu schließen sein, daß sie sich zur Befriedigung jener Ansprüche verbindlich macht.

Infolge des wirksamen Verzichts tritt die Gemeinde hinsichtlich des Rechtes auf Erwerb des Eigentums, so wie es im Augenblicke des Verzichts besteht, an die Stelle des Finders. Hinsichtlich der Ansprüche auf Finderlohn und Ersatz von Aufwendungen des Finders ist nicht das gleiche der Fall. Diese Ansprüche müßten besonders, im Vertragswege, abgetreten werden. Für Aufwendungen, die die Gemeinde selbst nach dem Erwerbe durch den Verzicht des Finders gemacht hat, wenn sie die Sache in ihre Verwahrung übernahm, kann auch sie Ersatz beanspruchen.

Ob die Fundsache mehr oder weniger als 3 M. wert und ob sie an die Polizei abgeliefert ist oder nicht, kommt für die Anwendung des Abs 1 nicht in Betracht.

2. **Verfall vom Finder erworbener, aber bei der Polizei nicht abgeholter Fundsachen.** Auch dieser Eigentumserwerb ist zwar Eigentumsübergang, aber nicht Eigentumsübertragung. Ein Rechtsgeschäft liegt dem Übergang überhaupt nicht zugrunde. In dem unbenutzten Verstreichenlassen der Frist durch den Finder ist weder ein Rechtsgeschäft noch eine Rechtshandlung zu erblicken.

Der Erwerb des Eigentums durch die Gemeinde hat den vorherigen Erwerb durch den Finder auf Grund der §§ 973, 974 zur Voraussetzung. Ist dieser dadurch gehindert, daß dem Finder vor Ablauf des Wartejahrs ein Empfangsberechtigter bekannt geworden ist, so vollzieht sich auch der Erwerb der Gemeinde nicht. Der Eigentumserwerb der Gemeinde vollzieht sich im Augenblicke des Fristablaufs ohne weiteres. Besitzergreifung ist nicht erforderlich. Wie die Frist für das Verlangen der Herausgabe zu bestimmen und die Aufforderung zu erlassen ist, ergibt das Landesrecht. Aufforderung durch öffentliche Bekanntmachung ist nicht ausgeschlossen.

§ 977

Wer infolge der Vorschriften der §§ 973, 974, 976 einen Rechtsverlust erleidet, kann in den Fällen der §§ 973, 974 von dem Finder, in den Fällen des § 976 von der Gemeinde des Fundorts die Herausgabe des durch die Rechtsänderung Erlangten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern[1]). Der Anspruch erlischt mit dem Ablaufe von drei Jahren nach dem Übergange des Eigentums auf den Finder oder die Gemeinde, wenn nicht die gerichtliche Geltendmachung vorher erfolgt[2]).

E I 922, 923 II 892; M 3 386; P 3 272.

1. **Bereicherungsansprüche.** Durch die Bestimmungen über den Eigentumswechsel beim Funde soll nur die Eigentumsfrage, nicht auch die Frage der Verschiebung der Vermögens-

werte geregelt sein. § 977 bringt zum Ausdrucke, daß eine Verschiebung der Vermögenswerte nicht stattfinden und deshalb der Verlust des Eigentums und der dinglichen Rechte durch einen Bereicherungsanspruch ausgeglichen werden soll. Über die Bedeutung der Verweisung vgl. § 951 A 3. Der Bereicherungsanspruch geht auf Herausgabe des Erlangten, also wenn die Sache beim Beklagten noch vorhanden ist, der Regel nach auf Herausgabe der Fundsache in Natur, andernfalls auf Ersatz in Geld. Nur die wirkliche, d. h. reine Bereicherung ist herauszugeben. Die Ansprüche auf Ersatz der Aufwendungen und auf Finderlohn sind also, weil sie durch die Bereicherungstatsache, den Eigentumserwerb, erloschen, ausgleichungsweise dem Bereicherungsanspruche wieder gegenüberzustellen (Gegenbereicherungsanspruch). Wird die Herausgabe der Sache in Natur beansprucht und besteht die Sache nicht selbst in Geld, so daß ein Abzug nicht möglich ist, so kann nach §§ 273 ff. zugunsten des Anspruchs auf Finderlohn und Ersatz der Aufwendungen das Zurückbehaltungsrecht geübt werden.

Ob die **Erstreckung des Bereicherungsanspruchs auf den Fall des Verlustes des Eigentums durch Einlösungsverweigerung** (§ 974) auf einem Redaktionsversehen beruht, d. h. auf einem Versehen bei der Feststellung der Vorentwürfe, kann dahingestellt bleiben. Denn der Gesetzeswortlaut ist so klar, daß über das erlassene Gesetz kein Zweifel sein kann; das Ergebnis enthält zwar in manchen Fällen keinen Fortschritt, weil die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts für die wiederauflebenden Finderlohn- und Verwendungsansprüche die Sache nahezu völlig auf den alten Standpunkt stellt, aber es ist doch nicht unmöglich und ungerecht. Unter diesen Umständen kann auch einem Versehen bei Vorarbeiten gegenüber dem Gesetzeswortlaut keine Bedeutung beigemessen werden.

2. Die dreijährige Frist ist **Ausschlußfrist**, nicht **Verjährungsfrist**. Die Anerkennung steht der gerichtlichen Geltendmachung (Klage, Zahlungsbefehl) nicht gleich. Ob eine Anerkennungserklärung eine selbständige Verpflichtungserklärung enthält, ist Tatfrage. Enthält sie sie, so liegt nicht ein Bereicherungsanspruch, sondern möglicherweise ein Anspruch aus vertraglicher Verpflichtung vor.

§ 978

[1]) Wer eine Sache[2]) in den Geschäftsräumen[3]) oder den Beförderungsmitteln[4]) einer öffentlichen Behörde[5]) oder einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Verkehrsanstalt[6]) findet[7]) und an sich nimmt[8]), hat die Sache unverzüglich an die Behörde oder die Verkehrsanstalt oder an einen ihrer Angestellten abzuliefern. Die Vorschriften der §§ 965 bis 977 finden keine Anwendung.

E I 924 II 893; M 3 387, 388; P 3 273.

1. **Fund im Bereich von Behörden und Verkehrsanstalten.** Die Vorschriften umfassen innerhalb des örtlichen Bereichs, für den sie bestimmt sind, nicht nur die Fälle des eigentlichen Fundes im Sinne der §§ 965 ff., sondern auch die Fälle des Auffindens nicht verlorener Sachen. Das allgemeine Fundrecht ist aber auch in den Fällen der ersteren Art ausgeschlossen und ersetzt durch die §§ 978—982, deren Grundgedanken dahin gehen, daß nur Finderpflichten, keine Finderrechte bestehen sollen.

2. **Sache:** nicht ihm gehörige, bewegliche Sache. Wer seine eigene Sache wiederfindet, ist niemals zur Ablieferung verpflichtet. Aber auch Diener, Angehörige des Eigentümers oder Verlierers, die diesem entfallene Sachen finden, haben nicht die Pflicht, sie nach § 978 abzuliefern, sondern können sie unmittelbar dem Eigentümer oder Verlierer zurückgeben. Auch herrenlose Sachen sind abzuliefern, nicht aber offensichtlich völlig wertlose.

3. **Geschäftsräume.** Es brauchen nicht überbaute Räume, Gebäude zu sein. Auch Höfe und sonstige freie Räume, z. B. auch ganze Bahnhofsflächen können dazu gehören. Nicht zu den Geschäftsräumen dagegen werden zu rechnen sein die Bahndämme oder freien Strecken. Die Räume brauchen auch nicht den Geschäften zu dienen; Hilfsräume jeder Art sind dazu zu zählen.

4. **Beförderungsmittel:** nicht nur der Verkehrsanstalten, sondern auch der öffentlichen Behörden. Daß die Sachen in den Beförderungsmitteln gefunden werden müssen, ist nicht streng zu nehmen. Auch die auf dem Verdeck eines Postwagens gefundenen Sachen gehören dazu.

5. **Öffentliche Behörde.** Welche Stellen öffentliche Behörden sind, ist nach Staatsrecht zu entscheiden, und zwar nach Reichsrecht, insoweit dem Reich unmittelbar unterstehende Stellen in Frage kommen, im übrigen nach Landesrecht. Öffentliche Behörden werden vor allem Reichs-, Staats- und Kommunalbehörden sein, aber auch die Behörden sonstiger staatsrechtlich anerkannter öffentlicher Verbände, z. B. der Schulverbände.

6. **Dem öffentlichen Verkehr dienende Verkehrsanstalt:** Verkehrsanstalt ist Anstalt zur Beförderung von Personen oder Sachen zu Wasser, zu Lande oder in der Luft, vorab Eisenbahn und Post (Recht 1913, 396). Nicht dazu gehören Anstalten, die dem Verkehr im weiteren Sinne dienen, z. B. Gasthöfe, Schauburgen, Banken, Warenhäuser (a. M. PrOVG JW 1918, 67). Die Anstalt muß dem öffentlichen Verkehr, d. h. dem Verkehr des Publikums, dienen. Eine innerhalb eines industriellen Werkes lediglich zu dessen Zwecken dienende Verkehrsanstalt gehört nicht hierher. Im übrigen ist es ohne Belang, ob die Anstalt von Reich, Staat, Gemeinde oder sonstigem öffentlichen Zweckverband oder von Privaten betrieben wird. Dagegen ist ein gewisser größerer Umfang der Betriebseinrichtungen nötig. Vereinzelte Mietfuhre genügt nicht. Ein Unternehmer, der nur eine oder mehrere Droschken verwendet, hat keine Verkehrsanstalt. Dem Begriff der „Anstalt" ist ein größerer Umfang und eine besondere Gliederung wesentlich (DJZ 1911, 143).

7. **Findet.** Von Finden kann nur die Rede sein, wenn die Sache sich äußerlich in der Lage einer verlorenen befindet. Wer sieht, wie eine Sache dem Besitzer entgleitet und sie aufhebt, „findet" sie nicht. Er hat sie also dem Besitzer zurückzugeben. Hat er jedoch Zweifel, wer der Besitzer ist oder kann er sie dem Besitzer nicht sofort zurückgeben, so hat er sie als gefunden abzuliefern.

8. **An sich nimmt:** Eine Pflicht, solche Sachen an sich zu nehmen, besteht nach BGB nicht. Sie kann dienstrechtlich für Angestellte der Behörde oder Verkehrsanstalt bestehen. Ihre Verletzung kann dann Amtspflichtverletzung sein und haftpflichtig machen. Durch die „Ansichnahme" überkommt der Finder die Pflicht zur Ablieferung und nur diese. Er hat keine Pflicht, nach dem Verlierer zu forschen, Anzeige zu erstatten oder die Umstände des Fundes mitzuteilen. Man wird mangels einer besonderen Bestimmung auch für diesen Finder annehmen müssen, daß er, abgesehen von der Unverzüglichkeit der Ablieferung, die ihm durch § 978 selbst auferlegt ist, bei der Erfüllung seiner Ablieferungspflicht nicht strenger haftet als der Finder im Sinne der §§ 965 ff., nämlich nicht für mehr als Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

§ 979

Die Behörde oder die Verkehrsanstalt kann die an sie abgelieferte Sache öffentlich versteigern lassen. Die öffentlichen Behörden und die Verkehrsanstalten des Reichs, der Bundesstaaten und der Gemeinden können die Versteigerung durch einen ihrer Beamten vornehmen lassen.

Der Erlös tritt an die Stelle der Sache.

E I 925, 926 II 894; M 3 388, 389; P 3 273.

Versteigerungbefugnis der Behörde: Das Gesetz legt der Behörde oder Anstalt keine Verwahrungspflicht auf, setzt die Verwahrung aber, wie sich aus §§ 979, 980 unzweifelhaft ergibt, für die Zeit bis zur Versteigerung als selbstverständlich voraus. Es legt auch keine Versteigerungspflicht auf, sondern bestimmt nur das Versteigerungsrecht dahin, daß den öffentlichen Behörden und den Verkehrsanstalten des Reiches, des Staates und der Gemeinden außer dem Rechte, die öffentliche Versteigerung nach § 383 Abs 3 vornehmen zu lassen, auch das Recht der Versteigerung durch ihre Beamten zustehen soll, den übrigen Behörden und Verkehrsanstalten aber nur das Recht der öffentlichen Versteigerung nach § 383 Abs 3. Die Einhaltung dieser Versteigerungsarten ist entscheidend für die Rechtswirkung der Versteigerung.

Geld ist natürlich nicht zu versteigern, ebenso Banknoten und Kassenscheine. Wertpapiere sind nur dann zu versteigern, wenn sie keinen Börsen- und Marktpreis haben, sonst vom Gerichtsvollzieher oder berufenen Beamten zum Tageskurse zu verkaufen (vgl. BGB § 981 Abs 2 Satz 2; ZPO § 281; Prot 3, 273).

Weitere Bestimmungen für die Versteigerung sind in § 980 getroffen, in § 981 dem Verordnungswege vorbehalten.

§ 980

Die Versteigerung ist erst zulässig[1]), nachdem die Empfangsberechtigten[2]) in einer öffentlichen Bekanntmachung des Fundes zur Anmeldung ihrer Rechte unter Bestimmung einer Frist aufgefordert worden sind und die Frist verstrichen ist; sie ist unzulässig, wenn eine Anmeldung rechtzeitig erfolgt ist[3]).

Die Bekanntmachung ist nicht erforderlich, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist.

E I 925 II 894; M 3 388, 389; P 3 273.

1. **Voraussetzung der Zulässigkeit der Versteigerung** ist öffentliche Aufforderung zur Anmeldung nach den Vorschriften des § 980 Abs 1, § 982 und erfolgloser Ablauf der Anmeldungsfrist. Die Folge des fruchtlosen Ablaufs der Anmeldungsfrist ist aber keine Rechtsverwirkung auf seiten des Empfangsberechtigten, kein Eigentumserwerb auf der andern Seite, sondern nur das Zulässigwerden der Versteigerung.

2. **Empfangsberechtigte:** § 965 A 3.

3. **Die Folge der Unzulässigkeit der Versteigerung** ist einerseits der Mangel der Ermächtigung, durch die Versteigerung Eigentum zu übertragen, anderseits die Schadensersatzpflichtigkeit der Zuwiderhandelnden gegenüber dem Empfangsberechtigten. Die erstere Folge wird sich allerdings infolge gutgläubigen Erwerbs auf seiten des Ansteigerers in der Regel nicht fühlbar machen (§§ 932, 935). Vgl. § 966 A 2.

§ 981

Sind seit dem Ablaufe der in der öffentlichen Bekanntmachung bestimmten Frist drei Jahre verstrichen, so fällt der Versteigerungserlös, wenn nicht ein Empfangsberechtigter sein Recht angemeldet hat, bei Reichsbehörden und Reichsanstalten an den Reichsfiskus, bei Landesbehörden und Landesanstalten an den Fiskus des Bundesstaats, bei Gemeindebehörden und Gemeindeanstalten an die Gemeinde, bei Verkehrsanstalten, die von einer Privatperson betrieben werden, an diese[1]).

Ist die Versteigerung ohne die öffentliche Bekanntmachung erfolgt[2]), so beginnt die dreijährige Frist erst, nachdem die Empfangsberechtigten in einer öffentlichen Bekanntmachung des Fundes zur Anmeldung ihrer Rechte aufgefordert worden sind. Das gleiche gilt, wenn gefundenes Geld abgeliefert worden ist[3]).

Die Kosten werden von dem herauszugebenden Betrag abgezogen[4]).

E I 926 II 895; M 3 389; P 3 273.

1. **Verfall des Versteigerungserlöses.** Die Verfallfrist, die schon vor der Versteigerung beginnt, ist Ausschlußfrist. Zum Ausschlusse des Verfalls des Erlöses genügt die Anmeldung des Berechtigten, gerichtlicher Geltendmachung bedarf es nicht, auch dann nicht, wenn es sich um eine von einer Privatperson betriebene Verkehrsanstalt handelt. Der Anspruch auf den Erlös verjährt aber dann nach den allgemeinen Regeln über die Anspruchsverjährung. Die Verjährung beginnt mit der Versteigerung und wird durch die Anmeldung allein nicht unterbrochen.

2. **Besonderes Aufgebot der Empfangsberechtigten.** Die Vorschrift hat den Fall des § 980 Abs 2 im Auge, ist aber auch anzuwenden, wenn entgegen § 980 Abs 1 die Versteigerung pflichtwidrig ohne vorherige Bekanntmachung vorgenommen ist.

3. Die Bestimmung einer **Anmeldungsfrist** ist hierbei nicht erforderlich, aber auch nicht zulässig. Sie deckt sich mit der dreijährigen Verfallfrist.

4. **Kostenabzug:** mangels einer Beschränkung: alle Kosten, also die der Verwahrung, Bekanntmachung und Versteigerung. Herauszugeben ist der Reinerlös.

§ 982

Die in den §§ 980, 981 vorgeschriebene Bekanntmachung erfolgt bei Reichsbehörden und Reichsanstalten nach den von dem Bundesrat, in den übrigen Fällen nach den von der Zentralbehörde des Bundesstaats erlassenen Vorschriften.

E I 925 II 896; M 3 388, 389; P 3 273.

Ausführungsvorschriften zu den §§ 980, 981. Die Rechtsnatur dieser Ausführungsvorschriften ist nicht unzweifelhaft. In Frage kommt einmal, ob § 982 dem Bundesrat und den Landeszentralbehörden die Befugnis gibt, in Ergänzung des BGB Rechtsvorschriften

zu erlassen, von deren Einhaltung das Recht der Beteiligten und insbesondere die Wirksamkeit der Versteigerung abhängt, oder ob die Ermächtigung nur für die Erlassung von innerdienstlichen Vorschriften erteilt ist, die auf die Rechte der Beteiligten und die Gültigkeit der Versteigerung ohne Einfluß sind. Das letztere muß verneint werden. Denn zur Erlassung von innerdienstlichen Weisungen an die Behörden hätte es überhaupt keiner Ermächtigung bedurft. Die Vorschriften für Private aber bedurften, wenn ihnen überhaupt irgend welche Bedeutung zukommen sollte (falls sie nicht Strafrechtsschutz genossen, was nicht der Fall), der bürgerlichrechtlichen Folgen. Muß hiernach angenommen werden, daß § 982 den Bundesrat und die Landeszentralbehörden zur Erlassung ergänzender Rechtsvorschriften ermächtigt, so ergibt sich die zweite Frage, inwieweit die Ermächtigten in diesem Sinne von der Ermächtigung Gebrauch gemacht haben. Die Prüfung der vom Bundesrat erlassenen Bekanntmachung vom 16. 6. 98 (RGBl 912) zeigt, daß der Bundesrat solche Vorschriften im Sinne von Rechtsvorschriften erlassen hat. Auch die Ausführungsvorschriften der Landeszentralbehörden, die sich im Wortlaut eng an die des Bundesrats anschließen, sind der Hauptsache nach im gleichen Sinn ergangen.

§ 983

Ist eine öffentliche Behörde im Besitz einer Sache, zu deren Herausgabe sie verpflichtet ist, ohne daß die Verpflichtung auf Vertrag beruht, so finden, wenn der Behörde der Empfangsberechtigte oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, die Vorschriften der §§ 979 bis 982 entsprechende Anwendung.

E I 927 II 897; M 3 389, 390; P 3 273.

Behandlung im Behördenbesitz befindlicher unanbringbarer Sachen. Die Fälle, daß private Sachen, die sich im Besitze öffentlicher Behörden befinden, dem Berechtigten nicht zurückgegeben werden können, weil er unbekannt oder unauffindbar ist, sind nicht selten. Dahin gehören insbesondere unanbringbare Postsendungen und hinterlegte Beträge und ähnliche Fälle, in denen die Behörde auf Grund Vertrags besitzt und zurückzugeben hat, sodann die Fälle, in denen zu Sachen, die in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln der Behörde gefunden sind, der Empfangsberechtigte nicht gefunden werden kann. Mit diesen beiden Arten von Fällen beschäftigt sich § 983 nicht; denn die letztgenannte Art ist durch §§ 978 bis 982 geregelt, die erstgenannte hat teils anderweite Vorsorge gefunden, teils besteht für eine solche Vorsorge kein Bedürfnis. § 983 regelt eine dritte Klasse solcher Fälle, in denen die Herausgabepflicht weder auf Vertrag beruht noch Fundsachen der im § 978 bezeichneten Art betrifft. So insbesondere die Fälle, in denen bei der Polizeibehörde lagernde gewöhnliche Fundsachen, zu denen ein Empfangsberechtigter nicht ermittelt wurde, keinen Herrn finden, weil auch der Finder schon vor Setzung der im § 976 erwähnten Frist nicht mehr auffindbar war, und die Fälle der Unanbringbarkeit von Überführungsstücken, insbesondere gestohlener Sachen, deren Eigentümer nicht ermittelt werden konnte. Auf alle diese Fälle werden schlechthin die Vorschriften der §§ 979—982 für entsprechend anwendbar erklärt. Die Bestimmung ist beschränkt auf die im Besitz öffentlicher Behörden befindlichen unanbringbaren Sachen. Privatpersonen kommen die Vorschriften nicht zugute, diese haben, wenn sie sich der unanbringbaren Sachen, zu deren Herausgabe sie verpflichtet sind, entledigen wollen, nach §§ 372ff. zu verfahren.

§ 984

Wird eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz)[1], entdeckt und infolge der Entdeckung[2]) in Besitz genommen[3]), so wird das Eigentum zur Hälfte von dem Entdecker, zur Hälfte von dem Eigentümer der Sache[4]) erworben, in welcher der Schatz verborgen war[5]).

E I 928 II 898; M 3 390, 391; P 3 273, 274.

1. Begriffsmerkmale des Schatzes: Bewegliche Sache: Bauwerke gehören dazu nicht, z. B. nicht der Mosaikfußboden eines aufgegrabenen Hauses aus der Vorzeit, wenn die feste Verbindung mit dem Grund und Boden bei der Entdeckung noch besteht. Nicht dazu gehören ferner natürliche Bestandteile des Grund und Bodens, wie Erze, Mineralien, im Boden gewachsene Edelsteine oder Halbedelsteine u. dgl. Daß die Sache wertvoll ist, ist nicht erforderlich. Verborgene Sache, d. h. bis zur Entdeckung verborgene. Eine Verbergungstätigkeit eines Menschen ist nicht notwendig. Auch verschüttete oder versunkene Sachen liegen im Sinne des § 984 verborgen. Die Sache kann in einem Grundstück, aber auch in einer andern, beweglichen Sache verborgen sein, z. B. in einem Geheimfach eines alten Schrankes versteckt, in alten Kleidern eingenäht. Der Eigentümer muß unermittelbar sein, und zwar

infolge langer Verborgenheit der Sache. Ergibt sich der Eigentümer aus den Umständen (Inschrift, Siegel, auch der Verwahrungsort kann den Eigentümer anzeigen), so liegt kein Schatz, unter Umständen nicht einmal ein Fund im Sinne des Gesetzes vor. Ist der Eigentümer aus andern Gründen unermittelbar, z. B. wegen bestehenden Erbschaftsstreits, so liegt auch Schatz nicht vor. Wie lange Zeit verstrichen sein muß, um Unermittelbarkeit infolge langer Verborgenheit anzunehmen, kann nur nach den Umständen des einzelnen Falles ermessen werden. Es können in einem Falle wenige Jahre genügen, in einem andern viele Jahrzehnte unzureichend sein.

2. **Entdeckung.** Ob die Entdeckung Spiel des Zufalls oder Ergebnis planmäßiger Forschung ist, begründet keinen Unterschied, kann aber unter Umständen für die Frage von Bedeutung werden, wer Entdecker ist. Entdecker ist nicht stets der, der eigenhändig den Schatz bloßlegt, mit eigenen Augen ihn zuerst sieht. Wer durch Diener, Arbeiter oder sonstige unselbständige Gehilfen nach einem Schatze oder nach Schätzen graben läßt, ist Entdecker der Schätze, die dabei bloßgelegt werden, auch wenn er persönlich dabei nicht mitgewirkt, ja den Schatz niemals selbst gesehen hat, die übrigen sind nur seine Werkzeuge (vgl. **RG** 70, 308).

3. **Inbesitznahme:** Die Entdeckung für sich allein bewirkt nicht den Eigentumserwerb am Schatz. Es muß die Inbesitznahme auf Grund der Entdeckung hinzutreten. Aber wenn auch die Inbesitznahme Voraussetzung des Eigentumserwerbs am Schatze ist, so ist doch nicht erforderlich, daß der Erwerber den Schatz in Besitz nimmt. Es genügt Inbesitznahme durch irgend jemand infolge der Entdeckung. Wer den Entdecker belauscht und auf Grund der dadurch gewonnenen Kenntnis von dem Schatze heimlich Besitz nimmt, bewirkt allerdings den Eigentumserwerb am Schatze, aber wider seinen Willen nicht für sich, sondern für den Entdecker. Anders beim Fall der Nachentdeckung. Der erste Entdecker, der die Besitzergreifung versäumt hat, muß dem weichen, der später unabhängig von ihm den noch verborgenen Schatz ebenfalls entdeckt und in Besitz nimmt.

4. **Hälfteanteil des Eigentümers:** Auch der Eigentümer der Sache, in der der Schatz verborgen war, erwirbt das Miteigentum unter Umständen, ohne selbst Besitzer zu werden, auf Grund der Inbesitznahme des andern. Nur dem Eigentümer ist vom Gesetze der Hälfteanteil zugesprochen; das Recht des Nießbrauchers einer Sache erstreckt sich auf den Schatz nicht, der darin gefunden wird (§ 1040). Das dem Eigentümer nach § 984 zustehende Schatzanteilsrecht ist kein besonderes, mit dem Eigentum am Grundstücke verbundenes subjektiv-dingliches Recht. Der Grundstückseigentümer kann wohl die persönliche Verbindlichkeit übernehmen, seinen Anteil an einem Schatze, der auf seinem Grundstück entdeckt werden sollte, einem Dritten zu übertragen, aber er kann diese, auf Verschaffung einer beweglichen Sache gerichtete Verbindlichkeit nicht durch Vormerkung im Grundbuche sichern lassen (RJA 3, 136).

5. **Schatzregal** des Staates. Ein solches kann landesrechtlich auf Grund des Art 73 EG bestehen. Reichsrechtlich besteht keine derartige Beschränkung. Auch landesrechtliche Bestimmungen über geschichtliche oder vorgeschichtliche Funde, die nach Art 109 EG zulässig sind, können einen Schatz betreffen.

Vierter Titel

Ansprüche aus dem Eigentume

1. Der vierte Titel behandelt unter der Überschrift **„Ansprüche aus dem Eigentume"** vor allem den Herausgabeanspruch bei Vorenthaltung des Besitzes (Vindikation, vgl. §§ 985 bis 1003; Einteilung des Stoffes: §§ 985, 986 Allgemeines, §§ 987—993 Nebenrechte des Eigentümers auf Nutzungen und Schadensersatz, §§ 994—1003 Gegenrechte des Besitzers wegen Verwendungen) und den bei sonstigen Beeinträchtigungen gegebenen Eigentumsfreiheitsanspruch, Negatoria, § 1004). Auf beide Ansprüche beziehen sich die in § 1006 aufgestellten Vermutungen für das Bestehen des Eigentums an einer beweglichen Sache, die an den gegenwärtigen oder den früheren Besitz anknüpfen. Hinzukommt der Abholungsanspruch des Eigentümers (§ 1005). Der § 1007 (Anspruch wegen verlorener Fahrnis) ist nur aus äußerlichen Gründen an dieser Stelle aufgenommen und gehört inhaltlich in den Abschnitt über Besitz. — Alle diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung in den Fällen der §§ 1017 (Erbbaurecht; vgl. dazu auch EG Artt 63, 68), 1065 (Nießbrauch), 1227 (Pfandrecht), die Vorschriften des § 1004 auch in den Fällen der §§ 1027 (Grunddienstbarkeit) und 1090 (beschränkte persönliche Dienstbarkeit). Wegen des Miteigentümers vgl. § 1011 A 1, § 985 A 1, § 1004 A 2, § 1007 A 1.

2. Außer den erwähnten Ansprüchen dienen zum Schutze des Eigentums auch **andere Rechtsbehelfe,** z. B. der grundbücherliche Berichtigungsanspruch (§§ 894ff.), der Vorlegungsanspruch (§§ 809ff.), die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812ff.) oder unerlaubter Handlung (§§ 823ff.), die Widerspruchsklage der ZPO § 771, die Klage gegen den betreibenden Gläubiger auf Bewilligung der Herausgabe durch den Zwangsverwalter

(RG 92, 18). Von Bedeutung ist nach ZPO §§ 256, 280 auch die Klage auf Feststellung des Eigentums (vgl. RG Gruch 33, 1147; JW 02, 68 = Beil 179). Da die Vindikation und der negatorische Anspruch nach §§ 985, 1004 nur auf Herausgabe der Sache oder auf Beseitigung der begangenen und Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen gerichtet sind, nach ZPO § 322 nur hierüber rechtskräftig entschieden wird, den Prozeßgegenstand bei diesen Klagen also nur der einzelne Eigentumsanspruch, nicht das Eigentum selbst bildet, bleibt neben diesen beiden Leistungsansprüchen noch Raum für das nach ZPO § 256 erforderliche Feststellungsinteresse. Weder die Möglichkeit der Vindikation noch deren tatsächliche Erhebung schließt die Feststellungsklage notwendig aus. Diese kann selbständig angestellt oder auch mit der Vindikation verbunden werden, vorausgesetzt nur, daß ein Interesse an ihr im Einzelfall wirklich vorhanden ist, was freilich nicht schon um der Bestreitung des Eigentums willen angenommen werden muß (vgl. RG JW 04, 413[27]; RG 16. 3. 12 V 456/11; SeuffA 72 Nr.191). — Der Gerichtsstand der belegenen (unbeweglichen) Sache ist trotz des Wortlauts des § 24 ZPO („Klagen, durch welche das Eigentum . . . geltend gemacht wird") nicht nur für die Eigentumsfeststellungsklage (RG 13, 386), sondern auch für die Ansprüche nach §§ 985 und 1004 gegeben (vgl. RG 36, 237; 51, 233). Wegen der Ansprüche auf Nutzungen und Schadensersatz vgl. § 987 A 1.

§ 985

Der Eigentümer[1]) kann von dem Besitzer[2]) die Herausgabe[3]) der Sache[4]) verlangen[5]).

E I 929 II 899; M 3 396—400; P 3 328—334; 4 585; 6 236, 237.

1. Anspruchsberechtigt ist der **Eigentümer** der Sache, mag er Alleineigentümer oder Miteigentümer sein. Dem Miteigentümer steht ebensowohl die partis vindicatio auf Übertragung des Mitbesitzes wie nach §§ 1011, 432 der Anspruch auf Herausgabe der ganzen Sache an alle Miteigentümer zu; weigert einer der übrigen Miteigentümer die Annahme, so hilft dem Kläger das Recht auf Hinterlegung für alle oder auf Ablieferung an den gerichtlich bestellten Verwahrer. Berechtigt zur Vindikation sind ferner der nichtbesitzende Eigentümer und derjenige, der mittelbarer Besitzer ist. Es macht auch keinen Unterschied, ob der Eigentümer allein auf den Eigentumsanspruch angewiesen ist oder ob er daneben noch einen Anspruch aus unerlaubter Handlung oder aus einem Vertragsverhältnis (Miete, Verwahrung usw.) gegen den Besitzer hat. Vindikation und schuldrechtliche Rückforderung konkurrieren miteinander; der dingliche Anspruch setzt auf der einen Seite Eigentum, auf der andern Besitz voraus, während der obligatorische aus der unerlaubten Handlung oder dem Vertragsschluß entspringt. Wird die allein auf Vermietung gestützte Klage wegen Verneinung des Mietverhältnisses abgewiesen, so kann immer noch die Eigentumsklage erhoben werden und umgekehrt. — Eine Abtretung des Eigentumsanspruchs oder doch eine selbständige Abtretung ist nach dem Gesetze nicht möglich. In § 931 (§ 1032) handelt es sich nur um konstruktive Verhüllung des Satzes, daß das Eigentum (der Nießbrauch), wenn der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer ist, durch bloße Einigung übertragen (begründet) wird. Jedenfalls muß eine Trennung des Eigentums vom Anspruch, so daß der Eigentümer in Zukunft anspruchs- und schutzlos bliebe, für ausgeschlossen erachtet werden. Was man als „Abtretung" bezeichnet (z. B. Abtretung seitens des nichtbesitzenden Grundeigentümers, der das Grundstück verkauft hat, damit sich der Käufer den Besitz schon vor der Auflassung verschaffe), unterliegt nicht den dafür geltenden Regeln (Erlöschen des Anspruchs, wenn der Besitzer das Grundstück dem Eigentümer zurückgibt oder dieser es einem Dritten aufläßt; mangelnde Aussonderungsbefugnis des Käufers im Konkurse des Eigentümers) und enthält in Wahrheit nur eine Ermächtigung zur Ausübung des Anspruchs, ähnlich wie die sog. „Abtretung" des Berichtigungsanspruchs (vgl. RG 91, 396; § 894 A 2).

2. Der Anspruch richtet sich gegen den **Besitzer** der Sache, nicht also gegen den bloßen Besitzdiener (vgl. aber A 5 a. E.). Der Besitzer kann Eigenbesitzer oder Fremdbesitzer sein. Nicht vorausgesetzt wird, was aus der Fassung des § 1004 gefolgert werden könnte, daß er den Besitz dem Kläger entzogen haben oder vorenthalten müßte. Auch der Mitbesitzer ist Anspruchsgegner, wenn er (z. B. als besitzender Miterbe) die tatsächliche Verfügungsgewalt hat (vgl. RG Warn 1918 Nr 57; RG 7. 2. 06 V 323/05); er hat dem Kläger den Mitbesitz einzuräumen. Ist der Besitz nach § 857 auf Erben übergegangen, zu denen auch der klagende Eigentümer gehört, so genügt zur Erwirkung der Herausgabe der Sache ein gegen die übrigen Erben ergangenes Urteil. — Die frühere Streitfrage, ob die Klage nur gegen den unmittelbaren oder auch gegen den mittelbaren Besitzer geht, ist im letzteren Sinne erledigt. Das Gesetz (§ 985 mit § 868) macht keine Ausnahme; vgl. auch den § 991 Abs 1, der nur so verstanden werden kann. Praktisch ist die Klage gegen den mittelbaren Besitzer ganz unentbehrlich; sie ist daher von der Rechtsprechung auch nie in Zweifel gezogen

worden (vgl. z. B. RG JW 1910, 111[10]; RG Recht 1918 Nr 242; OLG 5, 154; 31, 325). Über Antrag und Urteil vgl. A 3. Daß gerade der mittelbare Besitzer der eigentliche Gegner des Vindikanten ist, äußert sich prozessual in der Benennung des Urhebers (vgl. ZPO § 76). Wurde der vermittelnde Besitz erst nach der Rechtshängigkeit begründet, so kommt dem gegen den mittelbaren Besitzer ergangenen Urteil Rechtskraft und Vollstreckbarkeit auch gegen den unmittelbaren zu (vgl. ZPO § 325 Abs 1, § 727). Dagegen wirkt die Verurteilung des unmittelbaren nicht gegen den mittelbaren, dem jener die Sache nach Prozeßbeginn zurückgegeben hat. Um einer Schädigung des Klägers, die hieraus erwachsen könnte, vorzubeugen, bedarf es einer einstweiligen Verfügung, die die Sequestration anordnet (ZPO §§ 935, 938). — Eine Veräußerung der Sache durch den Beklagten nach dem Prozeßbeginn hat auf den Prozeß keinen Einfluß; das Urteil ist gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar. Anders wenn diesem die Vorschriften über den Erwerb vom Nichteigentümer zugute kommen, d. h. wenn er (gutgläubig) weder den Mangel im Recht seines Vorgängers noch die Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs kannte (vgl. ZPO §§ 265, 266, 325; RG 79, 165). Im Regelfalle steht einer gegen den Nachfolger gerichteten neuen Klage das Fehlen des Rechtsschutzinteresses entgegen (RG 88, 267). — Die Fälle der ficta possessio werden vom Gesetze nicht erwähnt, sind aber ähnlich zu behandeln wie früher. Der bösgläubige Besitzer, der den Besitz vor dem Prozeß absichtlich aufgegeben hat (qui dolo desiit possidere), haftet nach §§ 990, 992 auf Schadensersatz; erfährt der Kläger hiervon erst nach Erhebung der Klage auf Herausgabe, so ist es keine unzulässige Klagänderung, wenn er den Schadensersatz fordert (s. A 3 unter b). Wird die Behauptung des Klägers, daß der Beklagte besitze, von diesem wider besseres Wissen gerichtlich zugestanden, so kann der Beklagte (qui liti se obtulit) sein nicht durch Irrtum veranlaßtes Geständnis nicht durch den Beweis der Unrichtigkeit entkräften (ZPO §§ 288, 290), so daß dann § 283 zum Schadensersatz verhilft.

3. **Inhalt des Anspruchs.** a) Der Anspruch geht auf Herausgabe der Sache, worunter aber, der Natur des dinglichen Anspruchs gemäß, grundsätzlich nicht ein positives Tun, sondern nur ein Gestatten der Wegnahme zu verstehen ist. Nur in den Voraussetzungen, nicht im Inhalt des Anspruchs weicht die Vindikation von dem Abholungsanspruch der §§ 867, 1005 ab. Daher tut der Besitzer genug, wenn er die Sache zum Abholen zur Verfügung stellt, und zwar an dem Orte, an dem sie sich bei Erhebung der Klage befindet; eine weitergehende Verpflichtung zum Bringen oder Schicken auf eigene Kosten trifft ihn nur mit dem Eintritt des bösen Glaubens (vgl. OLG 26, 176). — Herausgabe in diesem Sinne ist das Ziel des Anspruchs auch bei der Klage gegen den mittelbaren Besitzer. Zwar steht es dem Eigentümer frei, auf Abtretung des Herausgabeanspruchs zu klagen, den der mittelbare gegen den unmittelbaren Besitzer hat; mit der Rechtskraft des Urteils gilt dann die Abtretung als erklärt (ZPO § 894). Da aber das Gesetz nicht unterscheidet, ist grundsätzlich auch der Anspruch auf Herausgabe der Sache (Verschaffung des unmittelbaren Besitzes) gerechtfertigt. Eine solche Verurteilung bietet den Vorteil, daß der Kläger, je nachdem sich der Schuldner zur Zeit der Zwangsvollstreckung im unmittelbaren oder mittelbaren Besitze der Sache befindet, entweder nach ZPO §§ 883, 885 die bewegliche Sache wegnehmen, das Grundstück räumen lassen oder nach ZPO § 886 die Pfändung und Überweisung des Anspruchs des Schuldners auf Herausgabe erwirken kann. Doch bleibt zu beachten, daß aus der Verurteilung zur Herausgabe die Anwendbarkeit des § 283 BGB folgt, während doch der redliche Besitzer nicht mehr zu leisten braucht, als er hat. Beweist daher der Beklagte, daß sein Besitzmittler ihm gegenüber noch auf längere Zeit zum Besitze der Sache berechtigt ist, so darf er nur auf Abtretung des Anspruchs verurteilt werden, es sei denn, daß er nach §§ 989ff. schadensersatzpflichtig ist. In diesem letzteren Falle erfolgt die Verurteilung zur Herausgabe ohne Rücksicht auf ein Unvermögen zur Leistung (vgl. § 275 A 1). — b) Verbindung der Klage auf Herausgabe mit der Schadensersatzklage. Klagt der Eigentümer auf Herausgabe und wird dem Beklagten die Erfüllung aus einem Grunde, den er zu vertreten hat, nachträglich unmöglich (§ 989), so ist es dem Kläger nach ZPO § 268 Nr 3 unbenommen, zum Anspruch auf Schadensersatz überzugehen. Das gleiche gilt, wenn er erst nachträglich erfährt, daß der Beklagte schon bei Prozeßbeginn nicht mehr Besitzer war (vgl. RG 26, 387; 39, 428 u. ö.) und wenn zugleich einer der Tatbestände des § 990 oder des § 992 vorliegt. Nicht aber kann von vornherein auf Herausgabe der Sache oder Zahlung einer bestimmten Wert- oder Schadenssumme geklagt werden. Nicht nur daß die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht feststehen müssen (RG Recht 08 Nr 76; vgl. RG 56, 316; JW 1910, 754[16]): eine alternative Verpflichtung des Beklagten, die nach § 264 zu behandeln wäre, läßt sich nicht begründen. Der gesetzlichen Grundlage entbehrt es auch, wenn Klage und Urteil auf Wertzahlung lauten und dem Beklagten anheimgestellt wird, sich durch Herausgabe der Sache zu befreien (RG 15. 2. 09 VI 283/08). Möglich ist nur eine Verurteilung zum Schadensersatz für den Fall der Nichtbefriedigung des primären Herausgabeanspruchs in der nach § 283, ZPO § 255 bestimmten Frist, und auch dies nur

dann, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt erscheint, daß sich der Beklagte der rechtzeitigen Herausgabe entzieht (ZPO § 259). Von dieser Besorgnis kann auch im Amtsgerichtsprozesse nicht abgesehen werden. § 510b ZPO erstreckt sich nur auf Handlungen im Sinne der §§ 887, 888, nicht auf die Herausgabe nach §§ 883ff. ZPO.

4. Die beanspruchte **Sache** muß im Klagantrage so genau bezeichnet sein, daß sie ermittelt werden kann (ZPO § 253 Abs 2 Nr 2). Bei Grundstücken bedarf es der räumlichen Abgrenzung (RG 68, 25). Werden mehrere bewegliche Sachen unter einem zusammenfassenden Ausdruck gefordert, so liegt eine Verbindung von Einzelansprüchen vor (quot res tot vindicationes). Dies auch dann, wenn die Zusammenfassung unter einem Sammelnamen, z. B. Warenlager, sprachlich üblich ist und in anderer Hinsicht Rechtsfolgen hat; die Behandlung der Eigentumsklage wird dadurch nicht berührt (vgl. RG JW 1912, 915[13]). Um sich Gewißheit zu verschaffen, kann der Kläger nach § 809 Vorlegung der Sachen verlangen (vgl. OLG 5, 153). § 260 (Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses bei Verpflichtung zur Herausgabe eines Inbegriffs) greift nicht Platz, da die Sachen, soweit nur die Vindikation in Frage steht, nicht kraft eines einheitlichen Rechtsverhältnisses beansprucht werden (vgl. RG Gruch 47, 910 und § 260 A 1; a. M. RG JW 09, 192[8]). Daß die verlangte Sache als unwesentlicher Bestandteil mit einer andern verbunden ist, steht ihrer Vindikation nicht entgegen (vgl. § 93 A 1). Anders aber, wenn sie ein wesentlicher Bestandteil oder mit andern untrennbar vermischt oder vermengt wurde; alsdann haben sich die Eigentumsverhältnisse geändert (§§ 93, 946—948).

5. **Beweislast.** Der Beweis des Eigentums wird durch Rechtsvermutungen teils erleichtert, teils erschwert. Bei Grundstücken kann der Kläger die Eintragung im Grundbuch für sich anrufen und die Widerlegung gewärtigen, daß er gleichwohl nicht Eigentümer sei (§ 891 Abs 1). Bei beweglichen Sachen spricht die Vermutung des Eigentums nach § 1006 Abs 1 Satz 1 zunächst für den besitzenden Beklagten. Um dagegen durchzudringen, genügt es nicht, daß der Kläger einen Eigentumserwerb dartut und auf die regelmäßige Fortdauer einmal entstandener Rechtsverhältnisse Bezug nimmt (vgl. RG 55, 53; Warn 08 Nr 63). Nach Verschiedenheit der Fälle gestaltet sich die Aufgabe wie folgt: a) Handelt es sich nicht um Geld oder Inhaberpapiere und beweist der Kläger, daß ihm die Sache gestohlen, verlorengegangen oder sonst abhanden gekommen ist, so hat er nicht nur die zugunsten des Beklagten sprechende Vermutung überwunden, sondern zugleich für sich selbst die Vermutung begründet, daß er während seines früheren Besitzes Eigentümer war (§ 1006 Abs 1 Satz 2, Abs 2). Der Beklagte muß dann, um der Verurteilung zu entgehen, eine von drei Möglichkeiten beweisen: entweder, daß der Kläger mit dem Besitz nicht auch das Eigentum erlangt hat, oder daß die Sache vor der Besitzzeit des Klägers ihm selbst abhanden gekommen ist, oder daß er trotz des früheren Rechtes des Klägers Eigentum erworben hat, z. B. durch Erwerb in öffentlicher Versteigerung oder durch Ersitzung (§ 935 Abs 2, § 937). b) Wurde der Besitz vom Kläger oder seinem Besitzmittler freiwillig aufgegeben oder kamen dem Kläger Geld oder Inhaberpapiere abhanden, so steht ihm die Vermutung aus früherem Besitz nur dann zur Seite, wenn er das Nichteigentum des Beklagten beweist (vgl. SeuffA 72 Nr 140). Dazu bedarf es der Darlegung, daß der Beklagte den Besitz ohne das Eigentum erworben oder daß er letzteres wieder verloren hat. Die Verteidigung des Beklagten ist dann in der Weise möglich, daß er anderweiten Eigentumserwerb nachweist; statt dessen kann er auch, sofern nicht Geld oder Inhaberpapiere in Frage sind, dartun, daß ihm die Sache schon vor dem Erwerb des Klägers abhanden gekommen ist. Von vornherein aufzuklären, wie er das Eigentum oder auch nur den Besitz erworben hat, ist der Beklagte nicht verpflichtet; auch wenn er behauptet, die Sache sei ihm vom Kläger geschenkt, ist es dessen Aufgabe, die Behauptung zu widerlegen (RG Recht 1916 Nr 1301a). Beruft sich der Beklagte freilich auf einen bestimmten Vorgang, der ihn zum Eigentümer gemacht haben soll, und wurde dies Vorbringen widerlegt, so wird die Beweiswürdigung zu seinen Ungunsten ausfallen (RG 20. 4. 06 VII 380/05). Auch sonst kann nach ZPO § 286 den besondern Umständen des Einzelfalls ohne weiteres eine Entkräftung der für den Beklagten sprechenden Vermutung entnommen werden (RG JW 1910, 390[9]; RG Recht 1916 Nr 1303). Sowohl für die Fälle unter a wie für diejenigen unter b ist zu beachten, daß die Vermutungen für den jetzigen oder früheren Besitzer, wenn eine der Parteien mittelbarer, die andere unmittelbarer Besitzer ist oder war, allein dem mittelbaren zugute kommen. c) Der Kläger hat den Besitz nie gehabt. Behauptet er gleichwohl, Eigentum erworben zu haben, z. B. durch Trennung von Früchten (§§ 954ff.), Einigung nach § 931 oder durch Erwerb von Grundstückszubehör nach § 926 Abs 1, so muß er nicht nur die zugunsten des Beklagten bestehende Vermutung widerlegen, sondern überdies seinen eigenen Erwerb dartun. — Außer über das Eigentum des Klägers kann auch über den Besitz des Beklagten gestritten werden. Beweispflichtig in dieser Hinsicht ist der Kläger; doch hat der Beklagte die Beweislast, wenn er die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt und nur Besitzdiener zu sein behauptet.

§ 986

Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist[1])[2]). Ist der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer nicht befugt, so kann der Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer oder, wenn dieser den Besitz nicht wiederübernehmen kann oder will, an sich selbst verlangen[3]).

Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, kann dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen[4]).

E I 804 Satz 2, 942 II 900; M 3 96, 421, 422; P 3 334, 335, 371.

1. **Der Besitzer der Sache hat dem Eigentümer gegenüber eine Einrede aus dem Recht zum Besitz.** Das Recht kann ein dingliches (z. B. Nießbrauch) oder ein obligatorisches sein (z. B. Miete oder Pacht), es kann auf Vertrag oder Gesetz beruhen, auch im Familienrecht oder im Erbrecht wurzeln (vgl. das Besitzrecht des Ehemanns nach § 1373, des Testamentsvollstreckers nach § 2205). Ob es dauernd oder vorübergehend ist, macht keinen Unterschied. Ein dauerndes Besitzrecht hat der Käufer, der das verkaufte, noch nicht aufgelassene Grundstück besitzt (exc. rei venditae et traditae). Unerheblich ist ferner, ob die Sache dem Besitzer auf Grund des Rechtes übergeben wurde oder ob er den Besitz eigenmächtig ergriffen hat. Auch das Zurückbehaltungsrecht (§§ 273, 1000) gehört hierhin. Kann es auch anders als die positiven Rechte durch Sicherheitsleistung des Klägers abgewandt werden (§ 273 Abs 3), so fällt es doch um deswillen nicht aus dem Begriff des Rechtes zum Besitz heraus. Daher kann der Unterbesitzer wegen der Verwendungen des Oberbesitzers, wegen deren er kein Ersatzrecht hat (vgl. § 999 A 1), doch nach § 986 Abs 1 Satz 1 retinieren. Das Zurückbehaltungsrecht ist auch nicht auf Verwendungen (§ 1000) beschränkt, sondern kann auch wegen anderer Leistungen geltend gemacht werden. Die Vorschrift des § 273 Abs 1 gilt allgemein (RG 59, 202; 72, 65), mithin auch gegenüber der Eigentumsklage (RG Warn 1919 Nr 27; SeuffA 57 Nr 102; OLG 29, 343; 34 S. 188, 189). — Dagegen gewährt die rechtliche Möglichkeit, die Veräußerung einer Sache wegen Gläubigerbenachteiligung anzufechten, noch kein Recht zum Besitz (OLG 30, 103). Ein Besitzrecht des Beklagten wird auch nicht dadurch begründet, daß der Kläger selber am Verluste der Sache schuld ist (RG 93, 281). Wird das Besitzrecht auf Vertrag gestützt, so muß dieser vor allem gültig sein. Daher keine Einrede aus einem formlosen Vorvertrage zum Grundstückskaufvertrag (RG Gruch 48, 943) und keine aus einem unsittlichen Vertrag. Auch § 817 Satz 2 hindert die Eigentumsklage nicht (vgl. § 817 A 3); zu RG 86, 191 und JW 1916, 180[1], die eine Zurückbehaltung wegen Arglist des Klägers für zulässig halten, vgl. § 817 A 5. — Das Recht zum Besitz kann ein eigenes Recht des Besitzers oder unter Umständen auch das Recht eines Dritten sein (vgl. A 2, 3). In passiver Hinsicht muß es sich entweder als absolutes Recht gegen jedermann oder als relatives gegen den klagenden Eigentümer richten. Ein persönlicher Anspruch gegenüber einem Rechtsvorgänger des Eigentümers hilft dem Beklagten in der Regel nichts. Über die Ausnahmen, die hiervon für die Fälle der Übereignung beweglicher Sachen gelten, vgl. A 4; bei Grundstücken werden Mieter und Pächter nach §§ 571 ff. geschützt, während sonst eine Vormerkung nötig ist, um die Wirkung des gegen den Vorgänger begründeten Rechtes auf den Nachfolger auszudehnen. Ist der Eigentümer in Konkurs verfallen, so erfahren die allgemeinen Grundsätze mit Rücksicht auf die Zwecke des Konkurses eine Einschränkung. Entspringt das Besitzrecht einem gegenseitigen Vertrag, so kommt es darauf an, ob der Vertrag nach KO §§ 17ff. (vgl. wegen des Mieters und Pächters § 21) der Konkursmasse gegenüber wirksam ist (RG 63, 231). Im übrigen dringt die Einrede nur insoweit durch, als der Besitzer nach KO §§ 47ff. Absonderungsbefugnis hat (vgl. RG 90, 218). — Die Berufung auf das Recht zum Besitz ist überall, nicht nur soweit es sich um das Zurückbehaltungsrecht handelt, eine wahre Einrede, keine Einwendung im engern Sinn. Der Wortlaut „kann verweigern" stellt die Absicht der Redaktoren außer Zweifel; eine Umdeutung in Anlehnung an § 1004 Abs 2 und § 1007 Abs 2 erscheint nicht angängig, zumal sich die abweichende Fassung dort durch die Rücksicht auf die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen erklärt (vgl. § 1004 A 6) und § 1007 (vgl. A 1, 3) auch sonst mangelhaft gefaßt ist. Bei der ausschließlichen Begründung des Anspruchs auf das Eigentum entspricht es auch dem Wesen der Sache, wenn die Heranziehung eines die Herausgabe hindernden anderweiten Rechtsverhältnisses nur auf Einrede des Beklagten erfolgt.

Praktische Bedenken, die dem entgegenständen, sind nicht ersichtlich. Die Behandlung als Einrede soll unangemessen sein, weil danach der vindizierende Kläger ein Versäumnisurteil auf Herausgabe erlange, auch wenn aus seinem eigenen Vortrag das Recht des Beklagten zum Besitz hervorgehe. Daß jedoch die Klagschrift außer der Rechtsbehauptung des Beklagten auch deren Berechtigung ergibt, wird überaus selten vorkommen. Trifft es aber einmal zu, so wird der Kläger zugleich erwähnen, daß er den Beklagten vergeblich zur Herausgabe aufgefordert habe. Da eine Einrede richtiger Ansicht nach auch außergerichtlich geltend gemacht werden kann und hiermit die Leistungsweigerung des Beklagten, d. h. die Erhebung der Einrede, zur Kenntnis des Gerichts gebracht wäre, müßte in solchem Fall auch nach der hier vertretenen Meinung die Klage abgewiesen werden.

2. **Der Besitzer hat auch eine Einrede aus dem Recht des Dritten, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet.** Er kann geltend machen, daß der Dritte dem Kläger gegenüber zum Besitz und zugleich zu dessen Überlassung an ihn, den Besitzer, berechtigt ist. Das Gesetz erwähnt nur den Fall, daß der Dritte mittelbarer Besitzer ist; doch darf bei freier Auslegung von dieser Voraussetzung abgesehen werden. Z. B. das von dem Kläger an den Dritten und von diesem an den Beklagten verkaufte Grundstück ist, während es noch dem Kläger gehört, in den Besitz des Beklagten gelangt. Die Bedenken, die man hier gegen die Einrede erhoben hat, greifen nicht durch. Es ist immer das fremde Recht, zu besitzen, nicht der fremde Besitz, was der Beklagte geltend macht; die Notwendigkeit aber, beide Rechtsverhältnisse (das des Klägers zum Dritten und das des Dritten zum Beklagten) auf Bestreiten klarzustellen, besteht ebenso, mag der Dritte mittelbarer Besitzer sein oder nicht. Ohne Grund wird auch eingewandt, das Gesetz gehe absichtlich darauf aus, eine dauernde Spaltung zwischen buchmäßigem Eigentum und einem diesem wirtschaftlich gleichkommenden Besitz- und Nutzungsrecht zu vermeiden. Daß ein solcher Gedanke den Redaktoren fernlag, beweist die Nichtübernahme des § 7 Abs 2 des PrEigErwerbsG v. 5. 5. 1872 (Ausschließung der exc. rei venditae et traditae gegenüber der Klage des eingetragenen Eigentümers, vgl. A 1). Umgekehrt müßte es auffallen, wenn der klagende Eigentümer den als Abkäufer eines Dritten besitzenden Beklagten zur Herausgabe zwingen könnte, während die Klage abzuweisen wäre, falls der Dritte mit dem Beklagten nur einen Mietvertrag geschlossen hat. Das erscheint so willkürlich, daß man sich ohne die ausdehnende Auslegung vielfach zur Annahme einer stillschweigenden Abtretung des Besitzrechts des Dritten an den Beklagten gedrängt sehen würde. Vgl. auch OLG 26, 69.

3. **Ist der Dritte dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt, durfte er aber dem Beklagten den Besitz nicht überlassen,** so reicht die Rechtslage zur Rechtfertigung des bestehenden Zustandes nicht hin. Der Beklagte muß die Sache herausgeben. Das Gesetz schreibt aber vor, daß, wenn er dem Dritten Besitz vermittelt, der Eigentümer nicht schlechthin Herausgabe an sich selbst fordern darf, sondern den Antrag in erster Linie auf Herausgabe an den Dritten richten muß; nur wenn dieser den Besitz nicht übernehmen kann oder will, erfolgt die Herausgabe an den Kläger. Eine ähnliche Einschränkung des Herausgabeanspruchs s. in § 869 Satz 2. Fälle dieser Art sind z. B. die, daß der Mieter die Sache unerlaubterweise untervermietet oder der Pächter sie afterverpachtet hat. Auch hier aber darf man bei der Voraussetzung, daß der Beklagte Besitzmittler ist, nicht stehenbleiben. Die Vorschrift kann nur den Schutz des Dritten bezwecken, der, wenn er auch durch Überlassung des Besitzes an den Beklagten rechtswidrig verfuhr, doch nach wie vor dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Da dies aber gleichmäßig zutrifft, mag der Dritte mittelbarer Besitzer sein oder die Sache nur früher oder überhaupt nicht besessen haben, hat ihm der Eigentümer in allen diesen Fällen die Wahl zu lassen, ob er die Sache übernehmen bzw. wiederübernehmen will oder nicht.

4. **Einreden gegen den früheren Eigentümer.** Vollzieht sich der Eigentumserwerb nach § 931 durch sog. Abtretung des Herausgabeanspruchs, so wird hierdurch der Besitzer, der ein dingliches Recht an der Sache hat, nicht berührt; nach § 936 Abs 3, § 986 Abs 1 kann er sich auf sein Recht auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber berufen. Dagegen bedarf er eines besondern Schutzes, soweit ihm nur ein obligatorisches Besitzrecht gegen den Veräußerer zur Seite steht. Diesen Schutz gewährt ihm der Abs 2 des § 986, indem er ihm gestattet, seine Einwendungen gegen den abgetretenen Anspruch auch dem neuen Eigentümer entgegenzusetzen. Die Stellung des Besitzers gegenüber dem auf § 931 gestützten Eigentümer ist danach dieselbe wie die Stellung eines Schuldners gegenüber dem Zessionar. Nach § 407 kann er sich auch solcher Einwendungen bedienen, die erst nach Abtretung des Herausgabeanspruchs durch ein zwischen ihm und dem bisherigen Eigentümer geschlossenes Rechtsgeschäft begründet sind, es sei denn, daß er die Abtretung bei Vornahme des Rechtsgeschäfts kannte (**RG** 20. 6. 11 VII 600/10). War der Veräußerer Nichteigentümer, aber mittelbarer Besitzer, und hat der gutgläubige Erwerber das Eigentum nach §§ 934, 870 durch Abtretung des den Besitz vermittelnden obligatorischen Anspruchs erlangt, so sind es die Einwendungen gegen den Veräußerer, nicht diejenigen gegen den bisherigen

Eigentümer, die dem Beklagten erhalten bleiben. — § 986 Abs 2 trifft schon seinem Wortlaut nach auch dann zu, wenn die nach § 931 veräußerte Sache abhanden gekommen war und der Erwerber erst durch Ersitzung Eigentümer wurde. Es kann aber auch nicht darauf ankommen, ob der Veräußerer und mittelbare Besitzer das Eigentum nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe oder nach § 930 durch Besitzkonstitut überträgt; auch im letzteren Falle muß der unmittelbare Besitzer Schutz finden (vgl. SeuffA 66 Nr 190). Dagegen ist eine Ausdehnung auf den gesetzlichen Eigentumserwerb nach § 952 abzulehnen. Beispiel: der Versicherte übergibt seinen Lebensversicherungsschein sicherungshalber einem Gläubiger und begründet für ihn dadurch ein obligatorisches Zurückbehaltungsrecht (§ 1204 A 4); alsdann läßt ein anderer Gläubiger die Forderung auf die Versicherungssumme pfänden und sich an Zahlungs Statt überweisen. Wollte man hier den Vollstreckungsgläubiger, der nach § 952 Eigentümer des Papiers geworden ist, an der Einrede aus dem Vertrage des früheren Eigentümers scheitern lassen, so würde man dem Vertrage dingliche Wirkung beilegen und die Zwecke des § 1280 durchkreuzen. Vgl. den anders liegenden Fall **RG** 51, 83.

§ 987

[1]) **Der Besitzer hat dem Eigentümer die Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit zieht[2]).**

Zieht der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Nutzungen nicht, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ziehen könnte, so ist er dem Eigentümer zum Ersatze verpflichtet, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt[3]).

E I 933 II 901; M 3 407, 408; P 3 336—343, 371; 6 119, 236, 237.

1. Die §§ 987—993 über die **Ansprüche des Eigentümers auf Herausgabe von Nutzungen und Schadensersatz** beruhen auf der Erwägung, daß die allgemeinen Vorschriften hier vielfach nicht passen würden. Es wäre unangemessen, wenn der Besitzer stets nur gezogene Nutzungen und nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben müßte. Anderseits würde es zu hart sein, wenn derjenige Besitzer, der sich in gutem Glauben für den Eigentümer hält und mit der Sache nach Belieben verfährt, weil er meint, daß andere Personen dadurch nicht berührt werden, wegen Sachbeschädigung (§ 823 Abs 1) für Schadensersatz aufzukommen hätte. Daher trifft das Gesetz eine selbständige Regelung, wobei es den rechtshängigen Besitzer (Prozeßbesitzer, §§ 987, 989), den Besitzer auf Grund unentgeltlichen Erwerbs (§ 988), den unredlichen Besitzer (§§ 990, 991 Abs 1) und den Besitzer kraft verbotener Eigenmacht oder strafbarer Handlung (§ 992) unterscheidet. — Von den Ansprüchen, die durch diese Vorschriften begründet werden, ist dinglich nur der auf Herausgabe der vom unredlichen Besitzer gezogenen natürlichen Früchte, da diese nach §§ 953, 955 Abs 1 Satz 2 durch die Trennung Eigentum des Sacheigentümers geworden sind. Alle andern Ansprüche, also diejenigen auf Herausgabe der bürgerlichen Früchte und der Gebrauchsvorteile, die Ansprüche auf Schadensersatz sowie der Anspruch auf Herausgabe der natürlichen Früchte, die nach §§ 955ff. in das Eigentum des redlichen Besitzers gelangt sind, fließen zwar aus dem Eigentum als solchen und stehen daher dem jeweiligen Eigentümer zu, haben aber schuldrechtliche Natur (**RG** 46, 145), so daß sie im Konkurse des Verpflichteten kein Aussonderungsrecht gewähren. Auch bei den Nutzungen trifft der Ausdruck Herausgabe genau genommen nur auf die gezogenen und noch unverbraucht vorhandenen natürlichen oder bürgerlichen Sachfrüchte zu; im übrigen ist die Herausgabepflicht eine Pflicht zur Wertvergütung (**RG** 93, 283; **RG** Seuff A 75 Nr 101). Immer handelt es sich um Nebenleistungen, die von der Vindikation der Hauptsache abhängen und daher nach § 224 mit ihr zusammen verjähren. Prozessual sind die Ansprüche im Sinne der ZPO § 4 auf Nebenforderungen gerichtet, wenn sie neben dem Hauptanspruch in derselben Klage geltend gemacht werden. Bei einer unbeweglichen Sache steht dem Kläger dann auch das forum rei sitae offen (ZPO § 26). Der ausschließliche Gerichtsstand des § 24 ZPO kommt für Klagen aus §§ 987ff. nicht in Betracht.

2. **Der gutgläubige Besitzer soll von der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs an die Sache sorgfältig nutzen.** Daher bestimmt § 987 in Abs 1, daß fructus percepti, in Abs 2, daß auch fructus percipiendi herauszugeben sind. Jeder Besitzer wird von dieser Verpflichtung betroffen, ein Besitzmittler auch dann, wenn er, z. B. als vermeintlicher Pächter, dem Eigentümer selber Besitz vermittelt. Im Fall eines Doppelbesitzes hat der Eigentümer die Wahl, ob er den Unterbesitzer wegen der natürlichen Früchte oder den Oberbesitzer wegen des dafür bestimmten Entgelts (z. B. den Pachtzins) verklagen will. Eine Häufung beider Ansprüche ist ausgeschlossen. Nutzungen s. §§ 100, 99; über ihre zeitliche Teilung § 101; über den Abzug der Gewinnungskosten § 102. Besteht die Nutzung im Bewohnen eines

Hauses, so ist der mit dem vermeintlichen Eigentümer vereinbarte Mietzins als Ersatz zu leisten (RG Seuff A 75 Nr 101). Darauf, ob auch der Eigentümer die Nutzungen hätte ziehen können, kommt es nicht an. Die vor der Rechtshängigkeit gewonnenen, aber noch vorhandenen Früchte (fructus exstantes) brauchen regelmäßig (anders nach § 988) nicht herausgegeben zu werden. Zur Rechnungslegung über gezogene Nutzungen ist der gutgläubige Besitzer nicht verpflichtet (RG JW 1912, 288[8]; vgl. § 990 A 1). Rechtshängigkeit: ZPO §§ 253, 263, 281, 500; EG Art 152. Die Verpflichtung zur Herausgabe gilt als nicht entstanden, wenn die Klage zurückgenommen oder durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil abgewiesen ist. Wird dann von neuem Klage erhoben, so ist der Beginn des zweiten Prozesses maßgebend, doch kann der Besitzer durch die erste Klage bösgläubig geworden sein. Im Fall der Nichterfüllung der Herausgabepflicht hat der Besitzer Schadensersatz nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 280, 283) zu leisten; er haftet also nicht bei zufälligem Untergang.

3. **Versäumte Nutzungen** hat der gutgläubige Besitzer zu ersetzen, wenn sie gemäß den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nach Eintritt der Rechtshängigkeit hätten gezogen werden sollen und wenn zugleich ihm (oder seinem gesetzlichen Vertreter oder seinem Gehilfen, § 278) die Nichtziehung zum Verschulden (§ 276) gereicht. Beides hat der Kläger zu beweisen, doch wird der Beweis der objektiven Voraussetzung meistens auch das Verschulden dartun. Zu ersetzen ist der Wert der versäumten Nutzungen, nicht auch der sonstige Schaden des Eigentümers, es sei denn (§ 989), daß durch die Versäumnis die Sache selbst Schaden gelitten hat.

§ 988

Hat ein Besitzer, der die Sache als ihm gehörig oder zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts an der Sache besitzt[1]), den Besitz unentgeltlich erlangt[2]), so ist er dem Eigentümer gegenüber zur Herausgabe der Nutzungen, die er vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit zieht, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet[3]).

E II 902; P 3 349, 350.

1. Die Bestimmung betrifft **den in § 955 bezeichneten Besitzer**, der, wenn er gutgläubig ist, die natürlichen Früchte zu Eigentum erwirbt. Er soll gleichwohl schuldrechtlich nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zur Herausgabe verpflichtet sein, falls er den Besitz unentgeltlich erlangt hat. Damit wird derselbe Rechtsgedanke zum Ausdruck gebracht, der dem § 816 Abs 1 Satz 2 zugrunde liegt: ein unentgeltlicher Erwerb darf nicht auf Kosten des wahren Berechtigten geschützt werden. Herauszugeben sind nicht nur die natürlichen Früchte, auf die sich § 955 bezieht, sondern alle Nutzungen, auch die Vorteile des eigenen Gebrauchs (mithin, wenn es sich in Herausgabe eines Wohnhauses handelt, auch die ersparten Mietzinsen).

2. **Unentgeltlich** wird der Besitz namentlich durch Schenkung erlangt (z. B. Schenkung einer abhanden gekommenen beweglichen Sache, schenkweise nichtige Auflassung oder Nießbrauchsbestellung), ferner durch Aneignung einer vermeintlich dereliquierten Sache und durch Erwerb auf Grund eines nichtigen Testaments. Besitzt jemand als Erbe eines Besitzers, so entscheidet die Art, wie der Erblasser den Besitz erlangt hat.

3. Nach § 818 Abs 3 sind die **vor der Rechtshängigkeit wieder verlorengegangenen Nutzungen** nur insoweit zu ersetzen, als noch eine Bereicherung übriggeblieben ist. Später trifft den Besitzer die gesteigerte Haftung für Verschulden (vgl. § 818 Abs 4, §§ 280, 283). Zu beweisen hat der Kläger die Unentgeltlichkeit des Erwerbs und den Umfang der gezogenen Nutzungen. Der Beklagte hat darzutun, daß die Bereicherung weggefallen ist, wogegen der Kläger wiederum einwendet, daß dies erst nach der Rechtshängigkeit geschah und vom Beklagten verschuldet wurde (vgl. § 818 A 10).

§ 989

Der Besitzer ist von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann[1])[2]).

E I 933 II 903; M 3 408; P 3 338, 342; 6 237.

1. Die Schadensersatzhaftung nach §§ 989ff. ist grundsätzlich auf den bösen Glauben des Besitzers abgestellt. **Mit der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs tritt sie deshalb**

ein, weil der Besitzer nunmehr zwar nicht notwendig bösgläubig wird (vgl. § 990 A 3), aber doch **mit der Möglichkeit, daß er nicht im Rechte ist, rechnen soll.** Stets wird in §§ 989 ff. vorausgesetzt, daß der Besitzer zu dem Besitze, den er ausübt, kein Recht hat, denn ohnedies kann von einem guten oder bösen Glauben nicht gesprochen werden. Daß er zu dem ausgeübten Besitze nicht berechtigt ist, kann auch vorkommen, wenn er den Besitz durch gültigen Vertrag mit dem Eigentümer erlangt hat: dann nämlich, wenn seine Besitzberechtigung durch Kündigung des Vertrags oder aus anderm Grunde erloschen ist oder wenn er ein weitergehendes Besitzrecht zu haben glaubt, als ihm zusteht (z. B. er ist Verwahrer und glaubt Mieter zu sein; er ist Nießbraucher und glaubt Eigentümer zu sein). Der Schadensersatzanspruch aus dem Eigentum ist ein gesetzlicher Anspruch wegen Vindikationsvereitlung (§§ 280, 283), kein Anspruch wegen unerlaubter Handlung (§ 823), auch nicht, wenn der Besitzer in bösem Glauben ist (§ 990). Ein Deliktsanspruch ist gegen den Eigenbesitzer nur nach Maßgabe des § 992, sonst nur gegen den Fremdbesitzer begründet (vgl. dazu und zu der möglichen Anspruchskonkurrenz § 992 A 1, 2). Für die Schadensersatzpflicht des Eigenbesitzers nach §§ 989, 990 gilt daher die Haftung für gesetzliche Vertreter und Gehilfen (§ 278) sowie die Entlastungspflicht des Besitzers (§ 282; vgl. **RG** JW 08, 478[8]), wogegen die Vorschriften über die dreijährige Verjährung des § 852, über das Deliktsstatut im internationalen Privatrecht und über den Gerichtsstand der unerlaubten Tat (ZPO § 32 vgl. **RG** Warn 1918 Nr 169) keine Anwendung finden. Der Begriff des Schadens ist derselbe wie sonst, umfaßt also auch den entgangenen Gewinn (**RG** Recht 09 Nr 2660) und gestattet nach § 254 die Einrede des mitwirkenden Verschuldens (**RG** 93, 281; Warn 1910 Nr 419). Als Schadensersatz kann, wenn es sich um Gattungssachen handelt, auch Leistung eines andern Stücks derselben Gattung gefordert werden (**RG** 93, 284). Voraussetzung ist aber stets die vom Besitzer verschuldete objektive oder subjektive Unmöglichkeit der Herausgabe der (unversehrten) Sache. Eine Haftung für Verzugsschaden läßt sich nur in den Fällen der §§ 990 Abs 2 und 992 begründen; wie aus der Fassung des § 990 Abs 2 hervorgeht und durch Prot 3 S. 344, 348 bestätigt wird, liegt sie dem redlichen Besitzer auch für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht ob (**RG** 72, 269; JW 1910, 4[1]; Warn 1911 Nr 189).

2. Als Beispiele für die Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache (d. h. in unversehrtem Zustande) werden genannt die **Verschlechterung** und der **Untergang.** Wie die körperliche Verschlechterung, muß auch die Belastung mit einem Rechte beurteilt werden; dem Untergang der Sache steht der des Eigentums des Klägers infolge von Verbindung, Vermischung, Verarbeitung gleich. Ferner gehört hierhin die Veräußerung der Sache. Sie ist, wenn sie freiwillig erfolgt, dem Besitzer stets zum Verschulden zuzurechnen (**RG** 56, 316); bei einer Zwangsversteigerung entscheiden die Umstände des Falles (vgl. **RG** JW 09, 456[11]; OLG 26, 63). Darauf, ob der dritte Erwerber durch guten Glauben Eigentümer geworden ist, kommt es nicht an. Auch wenn dies nicht zutrifft, hat der Prozeßbesitzer dem Kläger Schadensersatz zu leisten; indes wird hier, da nach ZPO § 325 Abs 1 das Urteil gegen den Dritten wirkt, ein Schaden nur dann als entstanden anzunehmen sein, wenn es dem Kläger nicht gelingt, die Sache von dem Dritten herauszuerlangen. Dasselbe gilt, wenn der Prozeßbesitzer die Sache vermietet, verleiht oder sich sonst zum mittelbaren Besitzer macht. Endlich kann die Herausgabe an den Eigentümer dadurch unmöglich werden, daß der Prozeßbesitzer, der einem andern den Besitz vermittelt, die Sache dem andern zurückgewährt. Auch dies gereicht ihm zum Verschulden; um sich gegen den Anspruch des Oberbesitzers zu schützen, muß er nach ZPO § 76 verfahren (Benennung des Urhebers). Der mit einer Widerspruchsklage nach ZPO § 771 belangte Pfändungspfandgläubiger, der die gepfändete Sache versteigern läßt, obgleich die beigebrachten Urkunden das Eigentum des Klägers ergeben, fällt nicht unter § 989, denn die Widerspruchsklage ist keine Vindikation, ihr Ziel auf Freigabe, nicht auf Herausgabe gerichtet (**RG** 61, 430). Darüber, daß ein solcher Pfändungspfandgläubiger gleichwohl und zwar schon bei leichter Fahrlässigkeit schadensersatzpflichtig ist, vgl. § 992 A 2.

§ 990

War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben, so haftet er dem Eigentümer von der Zeit des Erwerbes an nach den §§ 987, 989[1])[2]). Erfährt der Besitzer später, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist, so haftet er in gleicher Weise von der Erlangung der Kenntnis an[3]).

Eine weitergehende Haftung des Besitzers wegen Verzugs bleibt unberührt[4]).

E I 981 Abs 1, 982 Abs 1 Satz 1, 984 II 904; M 3 403, 406, 408, 409; P 3 339—344, 348; 6 236.

1. Der Besitzer, **der beim Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war,** haftet für Bewahrung und Nutzbarmachung der Sache von vornherein **so, wie der redliche Besitzer von der Rechtshängigkeit an** haftet. Er hat also die seit dem Besitzerwerb gezogenen Nutzungen herauszugeben, auch wenn sie der Eigentümer nicht gezogen haben würde, und diejenigen nichtgezogenen Nutzungen zu ersetzen, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hätte ziehen sollen. Auf Herausgabe der natürlichen Früchte haftet er dinglich (vgl. § 987 A 1). Ist er zur Herausgabe von Nutzungen infolge Verschuldens nicht imstande, so hat er nach § 280 in allen Fällen vollen Schadensersatz, nicht bloß Wertersatz, zu leisten. Ferner ist der unredliche Besitzer auch mit bezug auf die Hauptsache wegen verschuldeter Unmöglichkeit der Herausgabe schadensersatzpflichtig. Der Ersatzanspruch kann hier (anders als beim redlichen Prozeßbesitzer, vgl. § 989 A 2) auch dann sofort gegen ihn geltend gemacht werden, wenn er die Sache an einen Dritten veräußert hat und seine vom Eigentümer erstrittene Verurteilung zur Herausgabe gegen den Dritten wirkt. Doch kann er in solchem Falle verlangen, daß ihm Zug um Zug gegen die Ersatzleistung der Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Dritten abgetreten wird (§ 255). Folgen mehrere unredliche Besitzer aufeinander, so haftet jeder wegen der Nutzungen und Schäden seiner Besitzzeit. Wird sowohl der unmittelbare als der mittelbare Besitzer in Anspruch genommen, so hat jeder seine eigene Bösgläubigkeit, nicht auch die des andern, zu vertreten. Über den Fall, wenn der Besitzmittler eines andern, als des Eigentümers, wegen Nutzungen verklagt werden soll, vgl. § 991 A 1. Eine Verpflichtung zur Rechnungslegung liegt dem unredlichen Besitzer nur dann ob, wenn er seine Nichtberechtigung zum Besitze kennt; sie folgt hier aus § 687 Abs 2 verb. mit §§ 681, 666.

2. **Bösgläubig ist der Besitzer, wenn er weiß oder nur wegen grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß er dem Eigentümer gegenüber zu dem Besitze, den er ausübt, nicht berechtigt ist.** Wie auch durch Abs 1 Satz 2 bestätigt wird, müssen Kenntnis und Unkenntnis die eigene Nichtberechtigung betreffen, nicht das fremde Eigentum, das sich sehr wohl mit einem Besitzrechte des Besitzers verträgt. Zu dem Besitze, den er ausübt: zieht ein Fremdbesitzer, der nur zum Besitz, nicht zur Nutzung der Sache berechtigt ist, in wissentlicher oder grobfahrlässiger Überschreitung seiner Befugnis Nutzungen, so ist er mit bezug auf die gezogenen Nutzungen (nicht mit bezug auf nichtgezogene; eine Nutzungspflicht liegt ihm nicht ob) als unredlicher Besitzer der Sache zu behandeln. Wer den Besitz auf Grund eines nichtigen Kaufvertrags erlangt hat, ist wegen seines Bereicherungsanspruchs zwar zur Zurückbehaltung (§ 818 A 8) und daher zum Besitze berechtigt (§ 986 A 1); die Nutzungen aber, die er nach Aufklärung über die Nichtigkeit des Vertrags zieht, muß er herausgeben (a. M. OLG 34, 189). Auf das Verhältnis zum Eigentümer kommt es an. Vermittelt der Beklagte einem andern als dem Eigentümer Besitz, so muß sich sein böser Glaube darauf beziehen, daß der mittelbare Besitzer zum Besitz oder zu dessen Überlassung an ihn nicht befugt ist. Weiß er nichts weiter, als daß er selber gegenüber dem mittelbaren Besitzer kein Recht auf den Besitz hat, so macht ihn dies allein nicht bösgläubig (Mot 3, 406). Erlischt der böse Glaube nachträglich (Hauptfall: der Erbe, auf den der Besitz des Bösgläubigen nach § 857 übergegangen ist, ergreift in entschuldbarer Unkenntnis später tatsächlich Besitz), so wird der § 990 von da an unanwendbar. Den bösen Glauben des Besitzers hat der Eigentümer zu beweisen. Im Falle nachträglicher Gutgläubigkeit trifft die Beweislast für die Änderung den Besitzer.

3. **Mala fides superveniens** entsteht nur durch wirkliche Kenntnis, nicht auch durch grobfahrlässige Unkenntnis (**RG** 56, 317). Die Erhebung der Klage auf Herausgabe hat Bösgläubigkeit nicht immer zur Folge (**RG** JW 05, 494[20]), zumal auch Rechtsirrtum entschuldbar sein kann (**RG** JW 1911, 1015[9]). Immerhin wird die Kenntnis als erlangt gelten, wenn der Besitzer über den Mangel des Besitzrechts in einer Weise aufgeklärt ist, daß sich ein redlich Denkender der Überzeugung hiervon nicht verschließen würde.

4. **Die Haftung des unredlichen Besitzers** — nicht auch die des redlichen, vgl. § 989 A 1 — **steigert sich, wenn er in Verzug gerät.** Alsdann haftet er nach § 286 Abs 1 für den ganzen durch den Verzug entstandenen Schaden, mithin auch für den Nachteil, der dem Eigentümer aus der Vorenthaltung der Sache erwuchs (**RG** SeuffA 67 Nr 157), und für den Gewinn, den nur der Eigentümer, nicht auch der Besitzer, hätte erzielen können. Nach § 287 muß er sogar eine zufällige Unmöglichkeit der Leistung vertreten, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde. Der Verzug wird begründet durch Mahnung oder durch Erhebung der Klage auf Herausgabe (§ 284 Abs 1). Doch ist auch für den unredlichen Besitzer ein Entlastungsbeweis nach § 285 denkbar; so wenn er zwar wußte, daß er zum Besitze nicht berechtigt war, aber gerade den Kläger in entschuldbarem Irrtum nicht für den Eigentümer hielt.

§ 991

Leitet der Besitzer das Recht zum Besitze von einem mittelbaren Besitzer ab, so finden die Vorschriften des § 990 in Ansehung der Nutzungen nur Anwendung, wenn die Voraussetzungen des § 990 auch bei dem mittelbaren Besitzer vorliegen oder diesem gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist[1]).

War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes in gutem Glauben, so hat er gleichwohl von dem Erwerb an den im § 989 bezeichneten Schaden dem Eigentümer gegenüber insoweit zu vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist[2])[3]).

E I 932 Abs 2 II 905; M 3 406; P 3 341, 342; 6 388, 389.

1. Wird eine fruchttragende Sache von einem gutgläubigen Eigenbesitzer verpachtet, so erwirbt nach § 956 Abs 2 der Pächter das Eigentum an den Früchten, auch wenn er selber bezüglich des Rechtsmangels des Verpächters nicht in gutem Glauben ist. Das beruht auf Gründen der Vereinfachung des Sachenrechts und würde nach § 990 nicht hindern, daß der bösgläubige Pächter die Früchte dem Eigentümer der Sache herausgeben müßte. Hierdurch könnte aber der Verpächter in üble Lage geraten, wenn der Pächter gegen ihn den Rückgriff nehmen würde. Um ihn zu schonen, bestimmt § 991 Abs 1, daß ein Besitzmittler, der einem andern als dem Eigentümer den Besitz vermittelt, vor der Rechtshängigkeit gezogene Früchte oder sonstige Nutzungen aus dem Grunde der Bösgläubigkeit nur dann herauszugeben braucht, wenn auch der mittelbare Besitzer bösgläubig oder wenn dieser auf Herausgabe verklagt ist. Die Vorschrift dient also dem Schutze des gutgläubigen Verpächters. Indessen entzieht sie dem Eigentümer seinen Anspruch nicht nur dann, wenn der Pächter den Rechtsmangel des Verpächters grobfahrlässig verkannt, sondern auch dann, wenn er ihn gekannt hat, wenn ihm also ein Rückgriff auf den Verpächter nach §§ 539 Satz 1, 541, 581 Abs 2 gar nicht zustehen würde. Anderseits muß der Pächter zufolge § 987 diejenigen Nutzungen, die er nach der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs zieht, auf alle Fälle herausgeben, mögen die Voraussetzungen des § 987 bzw. § 990 zugleich dem Verpächter gegenüber vorliegen oder mag dieser gutgläubig und unverklagt sein.

2. War der mittelbare Besitzer zum Besitze nicht berechtigt oder hatte er zwar Besitzrecht, aber, z. B. als Entleiher (§ 603), keine Befugnis zur Überlassung des Besitzes an einen andern, so haftet der unmittelbare Besitzer dem Eigentümer, wenn er beim Erwerbe bösgläubig war oder sein Nichtrecht später erfuhr, nach § 990. Ist er gutgläubig, so soll er nach § 991 Abs 2 dem Eigentümer gegenüber den Schaden insoweit vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist. Das bedeutet im Vergleich zu der ohne diese Vorschrift ihm obliegenden Haftung aus § 823 (vgl. dazu § 992 A 2) eine Erleichterung, da ein unwirtschaftlicher Gebrauch der Sache auch dem Eigentümer gegenüber entschuldigt ist, wenn ihn der mittelbare Besitzer erlaubt hat. Anderseits kann es auch eine Erschwerung bedeuten, insofern der Unterbesitzer dem Eigentümer über die allgemeine Sorgfaltspflicht hinaus für die dem Oberbesitzer zugesagte Beobachtung einer besondern Vorsichtsmaßregel einsteht. Außer dem Eigentümer hat möglicherweise auch der Oberbesitzer einen eigenen Schaden erlitten (z. B. der Mieter hat die Sache für kurze Zeit ohne Erlaubnis aftervermietet und kann sie, da der Aftermieter sie zerstört hat, für den Rest seiner Mietzeit nicht mehr benutzen); insoweit er Ersatz hierfür fordert, ist sein Anspruch von dem des Eigentümers unabhängig. Will er, weil seinerseits dem Eigentümer haftbar, dessen Interesse geltend machen, so muß er auf Leistung an den Eigentümer klagen. Ein so begründeter Anspruch läßt Oberbesitzer und Eigentümer als unechte Gesamtgläubiger erscheinen. Solange der Unterbesitzer vom Eigentümer nicht verklagt ist und seine Nichtberechtigung zum Besitze nicht erfahren hat, wird er durch Leistung an den Oberbesitzer befreit. Obgleich ein Deliktsanspruch hier nicht in Frage steht, darf § 851 doch entsprechend angewendet werden.

3. Ist der Unterbesitzer, der einem Dritten Besitz vermittelt, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt — sei es, daß der Dritte sowohl besitz- wie überlassungsberechtigt war, sei es, daß der Unterbesitzer sein Besitzrecht, z. B. Nießbrauch (vgl. § 1032), kraft guten Glaubens an das Eigentum des Dritten erworben hat —, so haftet er dem Eigentümer gemäß der allgemeinen für Fremdbesitzer geltenden Regel (vgl. § 992 A 2) nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen. Eine Erleichterung der Haftung greift dann nur insoweit Platz, als der Eigentümer bei Überlassung des Besitzes an den Dritten in sie eingewilligt hat. Das kommt

in Betracht für Befreiungsklauseln und quantitative Herabminderungen der Haftung, die ein Spediteur in üblicher Weise dem Frachtführer zugesteht. Da bei Auslegung des Speditionsvertrags nach Treu und Glauben eine Einwilligung in solche Zugeständnisse anzunehmen ist, wird auch der Eigentümer der Güter dadurch gebunden (vgl. **RG** 75, 172; 77, 320).

§ 992

Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung den Besitz verschafft, so haftet er dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen[1])[2]).

E I 935 II 906; M 3 410, 411; P 3 347, 348.

1. **Die Vorschriften über unerlaubte Handlungen sollen anwendbar sein, wenn sich der Besitzer den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch strafbare Handlung verschafft hat.** Verbotene Eigenmacht ist Entziehung der tatsächlichen Gewalt ohne den Willen des früheren Besitzers und ohne daß das Gesetz dies ausnahmsweise gestattete (vgl. § 858 Abs 1). Strafgesetz ist jede Gesetzesbestimmung, welche die Art, wie der Besitz verschafft wurde, mit öffentlicher Strafe bedroht; hauptsächlich kommen Betrug, Nötigung, Erpressung und Hehlerei als Straftaten in Betracht. In den meisten Fällen handelt derjenige, der sich den Besitz eigenmächtig oder in strafbarer Weise verschafft, zugleich dem Eigentümer gegenüber schuldhaft, so daß sich schon der Besitzerwerb als Entziehung des Besitzes durch Delikt darstellt. Trifft dies zu, so bedarf es keines weiteren Verschuldens bei der Beschädigung, Zerstörung oder Veräußerung der Sache, da der Besitzer bei deliktischer Besitzerlangung auch für Zufall haftet (§ 848). Möglich ist aber auch, daß die verbotene Eigenmacht oder die Straftat von keinem gegen den Eigentümer gerichteten Verschulden begleitet wird, indem sich der Täter ohne Fahrlässigkeit selbst für den Eigentümer ansieht. Alsdann muß die schuldhafte Verletzung des fremden Eigentums bei dem späteren Vorgange nachfolgen, denn § 992 nimmt nicht bloß wegen der Rechtsfolgen, sondern auch wegen der Voraussetzungen des Tatbestandes auf das Deliktsrecht Bezug. Ungenau **RG** JW 05, 494[20], zweifelnd Gruch 50, 678. — Je nachdem die unerlaubte Handlung in der Besitzentziehung oder in der Beschädigung usw. der Sache liegt, haftet der Besitzer auf Ersatz des Schadens, der dem Eigentümer durch die eine oder die andere Handlung an seinem Eigentum (nicht blos am Vermögen, HansGZ 1919 Beil 14) zugefügt wurde. An die Nutzungen, die er gezogen hat, während der Eigentümer nach seinen Verhältnissen dazu nicht imstande war, ist bei der Fassung des Gesetzes nicht gedacht. Ihre Herausgabe folgt auch nicht aus §§ 812, 818, 852, denn es ist nicht richtig, daß der Schaden die Bereicherung umfaßte (vgl. § 812 A 2 unter c). Gleichwohl werden die Nutzungen ungeschmälert herauszugeben sein, da das Gesetz die gewöhnliche Verpflichtung des Besitzers (vgl. § 987 A 2) im Falle des § 992 schwerlich so auffallend mildern wollte. — Außer mit der Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung kann die Deliktshaftung auch mit der gesetzlichen Verpflichtung nach §§ 989ff. zusammentreffen, sofern der Besitzer in bösem Glauben oder die Vindikation rechtshängig ist. Dann gehen beide Ansprüche ihre eigenen Wege. Die Hauptvorteile, die die §§ 989ff. dem Eigentümer bieten, bestehen in der durch §§ 195, 224 bestimmten längeren Verjährung (§ 987 A 1) sowie darin, daß der Besitzer genötigt ist, sich zu exkulpieren (§ 989 A 1). Auf der andern Seite kann mit dem Deliktsanspruch auch der durch Vorenthaltung der Sache entstandene Schaden geltend gemacht werden, was beim Ersatzanspruch aus dem Eigentum nur unter den Voraussetzungen des § 990 Abs 2 möglich ist (vgl. § 989 A 1); § 393 ferner schließt gegenüber dem Anspruch aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung die Aufrechnung aus, während solche gegen Ansprüche aus §§ 989ff. ungehindert stattfindet (vgl. OLG 29, 311).

2. Der § 992 läßt durch ein zweifelloses arg. e contrario erkennen, was sich auch aus § 993 ergibt, **daß in andern Fällen als denen der Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht oder strafbares Tun eine Deliktshaftung nicht stattfinden soll.** Das gilt aber nur, soweit es sich um Eigenbesitz handelt. Der Grund, der zu der Einschränkung der Deliktshaftung durch die §§ 989ff. geführt hat, ist die Erwägung quasi rem suam neglexit (vgl. § 987 A 1). Für den Fremdbesitzer, mag er zum Besitz berechtigt sein oder nicht, trifft dieser Grund nicht zu, denn er weiß, daß ihm sein wirkliches oder vermeintliches Besitzrecht eine Beschädigung der Sache nicht erlaubt. Nach einem einstimmigen Beschluß der 2. Kommission sollte denn auch „die Haftung des Besitzers, der nicht Eigenbesitzer ist, wegen verschuldeter Beschädigung unberührt bleiben" (Prot 3, 346f.); es ist nur ein Redaktionsversehen, daß dies im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt ist. Danach haften Fremdbesitzer dem Eigentümer nach § 823 Abs 1, mit einziger Ausnahme desjenigen, der Mittler eines Dritten

ist und den Besitz gutgläubig auf Grund eines gültigen Vertrags erlangt hat; ein solcher Fremdbesitzer soll auch dem Eigentümer gegenüber in jeder Hinsicht so dastehen, wie wenn der Vertrag zwischen ihnen beiden geschlossen wäre (§ 991 Abs 2, vgl. dort A 2). Daß sich die Ausschließlichkeit des § 992 auf die Fälle des Eigenbesitzes beschränkt, wird bei den Formulierungen in RG 56, 316; JW 1910 S. 110[10], 754[16]; RG SeuffA 67 Nr 157 nicht beachtet. Sachlich hat aber auch das Reichsgericht Entscheidungen erlassen, die auf dem hier vertretenen Standpunkt stehen. So hat es einen Vertragspfandgläubiger, der das verpfändete Warenlager unrechtmäßig, aber wirksam veräußerte, nach § 823 wegen leichter Fahrlässigkeit für schadensersatzpflichtig erklärt (RG 77, 201). Auch der Pfändungspfandgläubiger soll nach § 823 haften, wenn er leichtfahrlässig Sachen pfänden und versteigern läßt, die seinem Schuldner nicht gehören (vgl. RG 61, 430; JW 02, 10; 1911, 368[25]); übrigens würde die Haftung hier auch schon durch § 992 gedeckt sein, da die unberechtigte Pfändung verbotene Eigenmacht ist (RG JW 05, 494[20]). Vgl. ferner den Fall SeuffA 70 Nr 186. Mit dem Deliktsanspruch gegen den Fremdbesitzer wird häufig ein Vertragsanspruch auf Schadensersatz konkurrieren. Ist der Fremdbesitzer zum Besitze nicht berechtigt oder schrieb er sich eine weitergehende Besitzberechtigung zu, als er hat (vgl. § 989 A 1), so kann noch ein Schadensersatzanspruch aus dem Eigentum hinzukommen, so daß dann actio legis Aquiliae, actio locati (commodati usw.) und rei vindicatio zusammentreffen. Alsdann muß die in § 558 (§§ 606, 1057, 1226) bestimmte kurze Verjährungsfrist des Vertragsanspruchs, da ihr Zweck sonst nicht erreicht werden könnte, auch auf die andern beiden Ansprüche angewendet werden (RG 62, 329; 66, 363; 75, 119), und ebenso ist die Milderung des Haftungsmaßstabs durch §§ 599, 690, die sonst gleichfalls bedeutungslos würde, auch auf diese Ansprüche zu beziehen (vgl. RG 88, 318; Vorbem vor § 823 A 4a).

§ 993

Liegen die in den §§ 987 bis 992 bezeichneten Voraussetzungen nicht vor, so hat der Besitzer die gezogenen Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben; im übrigen ist er weder zur Herausgabe von Nutzungen noch zum Schadensersatze verpflichtet[1]).

Für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, finden auf ihn die Vorschriften des § 101 Anwendung[2]).

E I 794 Abs 2, 930 Abs 1 II 907; M 3 75, 76, 401 ff.; P 3 24, 345—348, 371; 6 236; KB 128 u. 24.

1. **Die vorprozessuale Lage des redlichen Besitzers, der den Besitz entgeltlich und nicht nach Art des § 992 erworben hat, wird in § 993 abschließend zusammengefaßt.** Grundsätzlich soll er von der Haftung für Nutzungen und Schadensersatz befreit sein, so daß eine Verpflichtung weder aus dem Recht der unerlaubten Handlungen oder der ungerechtfertigten Bereicherung (vgl. RG JW 1912, 690[16]) noch aus den Vorschriften über Verzug oder Geschäftsführung ohne Auftrag hergeleitet werden kann. Zugleich wird durch die Fassung des Paragraphen und seine Stellung am Schlusse der Vorschriften zum Ausdruck gebracht, daß die in §§ 987 ff. geregelten Haftungsgründe, insbesondere die Unredlichkeit, der unentgeltliche Erwerb oder der Erwerb durch Eigenmacht oder strafbare Handlung, vom Kläger zu beweisen sind. Eine Ausnahme bildet die Haftung des Fremdbesitzers wegen Beschädigung der Sache. Sie ist zwar von den Redaktoren übersehen, muß aber nach § 992 A 2 für ebenso selbstverständlich gelten wie die Haftung kraft Vertrags, die doch gleichfalls nicht ausdrücklich vorbehalten ist. Die fernere Ausnahme, die § 993 besonders hervorhebt, bedeutet, wie in §§ 581, 1039, 2133, eine Korrektur der weiten Ausdehnung des Fruchtbegriffs im BGB. Hat der Besitzer einen Wald, einen Torfstich, ein Tonlager durch Raubbau ausgebeutet oder infolge eines Naturereignisses (Windbruch) übermäßig genutzt, so stellt das Gewonnene zwar nach § 99, nicht aber im wirtschaftlichen Sinne Frucht dar und ist deshalb in den Grenzen der ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. Zu beweisen hat der Kläger die Ziehung der Übermaßfrüchte, der Beklagte den Fortfall der Bereicherung. Die Vorschrift erstreckt sich nicht auf die sonstigen Nutzungen des § 100; für den Vorteil, der vor dem Prozeß durch unwirtschaftlichen Gebrauch der Sache erlangt ist, braucht der redliche Besitzer nichts zu ersetzen. Keine Ausnahme, weil mit Nutzungen und Schadensersatz überhaupt nicht zusammenhängend, ist die Bereicherungshaftung des Besitzers wegen Verbrauchs oder Veräußerung der Sache (RG Warn 1920 Nr 160; vgl. § 812 A 5, § 816 A 1—3).

2. **Da dem Besitzer hiernach Nutzungen verbleiben, soll sich die Verteilung zwischen ihm und dem Eigentümer nach § 101 bestimmen.** Für die natürlichen Früchte (abgesehen

von den in Abs 1 geregelten Übermaßfrüchten) kommt es somit darauf an, ob sie vor oder nach der Rechtshängigkeit bzw. dem Eintritt des bösen Glaubens von der Sache getrennt sind. Die bürgerlichen Früchte werden, wenn sie in wiederkehrenden Leistungen bestehen, nach Verhältnis der Dauer des vorprozessualen bzw. redlichen Besitzes zu der späteren Besitzzeit geteilt; trifft dies nicht zu, so entscheidet die Fälligkeit.

§ 994

[1])Der Besitzer kann für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen von dem Eigentümer Ersatz verlangen[2]). Die gewöhnlichen Erhaltungskosten sind ihm jedoch für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen[3]).

Macht der Besitzer nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder nach dem Beginne der im § 990 bestimmten Haftung notwendige Verwendungen, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag[4])[5]).

E I 936 Abs 1, 2 II 908 Abs 1; M 3 411—414; P 3 350—353, 372, 373; 6 237, 238.

1. Die §§ 994—1003 regeln die **Verwendungen des Besitzers auf die Sache.** Verwendungen sind Vermögensaufwendungen, die einer bestimmten Sache zugute kommen. Körperliche Veränderungen der Sache sind nicht erforderlich; auch Auslagen anderer Art, wie namentlich die Bestreitung der Lasten der Sache (§ 995), gehören hierhin. Dagegen ist der für den Erwerb der Sache gezahlte Kaufpreis in der Regel keine Verwendung, da er der Sache nicht zugute kommt. Hat der Besitzer eine abhanden gekommene Sache in gutem Glauben gekauft oder verpfändet erhalten, so steht ihm ein Lösungsrecht gegen den Eigentümer nicht zu; anders nur nach den landesgesetzlichen Vorschriften über öffentliche Pfandleihanstalten (vgl. EG Art 94 Abs 2). Regelmäßig liegt auch keine Verwendung auf die Sache in der bloßen Tatsache ihrer Verwaltung durch den Besitzer. Vergütung dafür kann nicht gefordert werden, es sei denn, daß der Besitzer durch seine Dienste, die er sonst anderweit verwertet hätte, die Zuziehung fremder Hilfskräfte erspart hat (vgl. **RG** SeuffA 61 Nr 29; OLG 29, 354). — Die Rechte des Besitzers aus der Verwendung sind verschieden, je nachdem es sich um notwendige oder nicht notwendige Verwendungen, um Verwendungen, die ein redlicher Besitzer vor dem Prozeßbeginne gemacht hat, oder um solche des unredlichen bzw. des Prozeßbesitzers handelt (vgl. §§ 994—996, 999; wegen Verwendungen auf die Früchte s. § 998). Grundsätzlich mindern die Verwendungen die herauszugebenden Werte. Daher bestehen die Rechtsbehelfe, die aus Anlaß von Verwendungen gegeben werden, regelmäßig nur in einem Recht der Wegnahme (§ 997), der Zurückbehaltung (§ 1000) und der Befriedigung aus der Sache selbst (§ 1003). Unter bestimmten Voraussetzungen aber, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt, wird dem Besitzer auch ein selbständiger klagbarer Ersatzanspruch gewährt (§§ 1001, 1002). — Nicht nach §§ 994ff. richten sich die Rechte des Besitzers wegen Verwendungen, die er kraft Vereinbarung mit dem Eigentümer macht. Hier gelten die vertraglichen Abmachungen oder, wenn der Vertrag nichtig ist, die Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung (**RG** JW 1912, 691[16]). Desgleichen müssen die §§ 994ff. zurücktreten hinter die ergänzenden Vorschriften, die das Gesetz für gewisse Fälle des Fremdbesitzes gibt. Nach § 556 Abs 2 hat der Mieter eines Grundstücks kein Zurückbehaltungsrecht, gleichviel ob der Vermieter die Vertragsklage oder den Eigentumsanspruch geltend macht (a. M. **RG** 85, 137; **RG** JW 07, 100[2]). Inhaltlich ferner bestimmt sich der Verwendungsersatz des Nießbrauchers nach § 1049, der des Pfandgläubigers nach § 1216. Diese beiden Vorschriften sind auch dann anzuwenden, wenn Nießbrauch und Pfandrecht, etwa infolge Geschäftsunfähigkeit des die Rechte bestellenden Eigentümers, nicht wirklich entstanden sind. Auch der redliche Pfandbesitzer kann daher für Verwendungen, selbst wenn sie notwendig waren und vor dem Prozesse vorgenommen sind, Ersatz nur nach den Regeln über unbeauftragte Geschäftsführung fordern, und daran ändert es auch nichts, daß bei Gültigkeit des Pfandrechts der Ersatzanspruch des Pfandgläubigers nach § 1216 gegen den vom Eigentümer vielleicht verschiedenen Verpfänder geht. — Über die Verzinsungspflicht des Eigentümers und die Pflicht zur Befreiung von Verbindlichkeiten vgl. §§ 256, 257. Entsprechende Anwendung der §§ 994ff. in den Fällen der §§ 292, 347, 850, 972, 974, 2022, 2185.

2. **Notwendige Verwendungen, die ein redlicher Besitzer vor der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs macht und die nicht in den gewöhnlichen Erhaltungskosten bestehen, sind ihm schlechthin zu ersetzen** (Abs 1). Ob der Wert der Sache zu der Zeit, da der Eigentümer sie wiedererlangt, noch erhöht ist oder nicht, ist gleichgültig. Für den Ersatz-

anspruch verschlägt es auch nichts, daß die Verwendungen auf einem Vertrage mit einem Dritten beruhen, der dem Verwender haftet (RG Gruch 57, 998). Notwendig ist eine Verwendung, wenn sie zur Erhaltung oder zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung der Sache erforderlich ist. Es handelt sich nicht nur um Ausbesserungen, sondern auch um Neuanlagen, wie die Errichtung von Zäunen, Mauern, Dämmen, Scheunen. Der Begriff ist ein objektiver; auf die Auffassung des Verwendenden kommt es nicht an (OLG 15, 358). Daß die in § 994 Abs 1 Satz 2, § 995 genannten Erhaltungskosten und Aufwendungen zur Bestreitung von Lasten der Sache zu den notwendigen Verwendungen gehören, geht aus dem Gesetze unmittelbar hervor.

3. Die **gewöhnlichen Erhaltungskosten,** d. h. die regelmäßig wiederkehrenden Ausgaben, die nach einem Voranschlag von vornherein in Rechnung gestellt werden (Viehfutterkosten, **RG** 52, 166; laufende Arbeitslöhne, **RG** Gruch 47, 940), erscheinen als Gegenstück der Nutzungen und werden daher dem Besitzer, dem solche verbleiben, nicht erstattet. Dies gilt auch dann, wenn die Erhaltungskosten den Betrag der Nutzungen übersteigen; die Vorteilsausgleichung findet summarisch statt. Nicht einmal das ist nötig, daß Nutzungen tatsächlich gezogen sind; entscheidend ist nur, daß der Besitzer nach den §§ 987ff. ein Recht auf sie hat. Danach bezieht sich die Bestimmung auf den redlichen, unverklagten Besitzer, der entgeltlich erworben hat, sowie auf dessen unredlichen Besitzmittler. Nur solche Besitzer dürfen (abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Übermaßfrüchten des § 993 Abs 1) die etwa gezogenen Nutzungen behalten. Unredliche, nicht unter § 991 Abs 1 fallende Besitzer, desgleichen Prozeßbesitzer müssen die Nutzungen herausgeben; daher ist es in der Ordnung, daß ihnen anderseits auch selbst die gewöhnlichen Erhaltungskosten ersetzt werden. Der redliche Besitzer, der den Besitz unentgeltlich erlangt und Nutzungen vor dem Prozesse gezogen hat, rechnet die laufenden Ausgaben auf die nach § 988 herauszugebende Bereicherung an. Durch freiwillige Überlassung der Nutzungen kann sich der Eigentümer von der Ersatzpflicht nicht befreien. — Außergewöhnliche Erhaltungskosten (z. B. Erneuerungsbauten) sind allen Besitzern ohne Rücksicht auf die Nutzungen zu vergüten (vgl. auch § 995 Satz 2).

4. **Notwendige Verwendungen, die der Besitzer nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit oder in bösem Glauben macht, erhält er nur nach den Grundsätzen über auftraglose Geschäftsführung (§§ 683, 684) ersetzt.** Es genügt also nicht die Notwendigkeit nach allgemeinen wirtschaftlichen Anforderungen. Vielmehr müssen die Verwendungen, sofern sie nicht zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Pflicht des Eigentümers erforderlich oder von ihm genehmigt sind, seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entsprechen; ist dies nicht der Fall, so wird nur die Bereicherung ersetzt. Über den Begriff des bösen Glaubens vgl. § 990 A 2, 3. Der Handwerker, der die Sache zur Ausbesserung erhält, ist nicht deshalb bösgläubig, weil er weiß, daß der Besteller sie gemietet hat (**RG** Gruch 57, 999). Der besitzende Käufer kann gutgläubig sein, obgleich er das Bestehen eines Vorkaufsrechts kennt (OLG 29, 354).

5. **Beweislast.** Der Besitzer hat die Verwendungen, ihren Wert und ihre Notwendigkeit zu beweisen. Der Eigentümer kann dagegen dartun, daß es sich nur um gewöhnliche Erhaltungskosten handelt oder daß die Verwendung nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder des bösen Glaubens stattgefunden hat. Macht dann der Besitzer geltend, daß gleichwohl nach Abs 2 ein Anspruch begründet ist, so hat wiederum er dies zu beweisen.

§ 995

Zu den notwendigen Verwendungen im Sinne des § 994 gehören auch die Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht. Für die Zeit, für welche dem Besitzer die Nutzungen verbleiben, sind ihm nur die Aufwendungen für solche außerordentliche Lasten zu ersetzen, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind[1]).

E II 909; P 3 353, 354, 373.

1. Der § 995 zieht eine Folgerung aus § 994. Daß zu den notwendigen Verwendungen auf die Sache auch die Aufwendungen zur Bestreitung ihrer **Lasten** gehören, wird hier wie in § 2022 Abs 2, § 2185 besonders hervorgehoben. Eine Begriffsbestimmung der „Lasten" in **RG** 66, 318. a) Den „gewöhnlichen Erhaltungskosten" des § 994 Abs 1 Satz 2 entsprechen die gewöhnlichen Lasten, öffentlich-rechtliche und privatrechtliche, z. B. die Jahressteuern der Sache (Staats- und Gemeindegrundsteuern usw.), die Zinsen der auf ihr ruhenden Hypotheken und Grundschulden, die einzelnen Reallast- oder Rentenleistungen. Sie erscheinen als Minderung der Nutzungen, aus denen sie zu decken sind, und sind daher dem redlichen vorprozessualen Besitzer (Genaueres s. § 994 A 3), da er die Nutzungen be-

halten darf, nicht zu ersetzen. Doch kann nach § 1047 der Nießbraucher (und deshalb auch der redliche Nießbrauchsbesitzer, § 994 A 1) Ersatz für solche privatrechtliche Lasten verlangen, die erst nach der Nießbrauchsbestellung auf die Sache gelegt wurden. Kehren die Lasten regelmäßig wieder, so hat sie für die Zeit bis zur Bösgläubigkeit oder bis zum Prozeßbeginn der Besitzer, für die Zeit nachher der Eigentümer zu tragen; sind sie nur beim Eintritt besonderer Ereignisse zu entrichten, so entscheidet die Fälligkeit (§ 103). b) Den Gegensatz zu den gewöhnlichen bilden die „außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind" (d. h. die kapitalmindernden, diejenigen, die nicht aus den Erträgnissen bestritten werden sollen, vgl. Mot 3, 516). Hat der redliche Besitzer vor dem Prozesse derartige Lasten getilgt, so gebührt ihm stets Ersatz, mag es sich um öffentliche Lasten handeln (z. B. um besondere Kriegsleistungen, einmalige Abgaben zur Straßenanlegung, Kanalisation) oder um privatrechtliche (Rückzahlung des Hypotheken- oder Grundschuldkapitals, Anerbenabfindung usw.). Ähnliche Bestimmungen, zum Teil in ungenauerer Fassung, finden sich in §§ 1047, 1385 Nr 1 (1654), 2126, 2379. — Der unredliche Besitzer und der Prozeßbesitzer haben Anspruch auf Ersatz von Lasten jeder Art, aber nur nach dem Recht der unbeauftragten Geschäftsführung (vgl. § 994 A 4).

§ 996

Für andere als notwendige Verwendungen[1]) kann der Besitzer Ersatz nur insoweit verlangen, als sie vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit und vor dem Beginne der im § 990 bestimmten Haftung gemacht werden und der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt[2])[3]).

E I 936 Abs 1, 2 II 908 Abs 2; M 3 411; P 3 350—353.

1. **Andere als notwendige Verwendungen,** mithin impensae utiles und voluptuariae. Erstere, die nützlichen Verwendungen (Meliorationen), sind solche, die, ohne notwendig zu sein (vgl. § 994 A 2), den objektiven Wert der Sache (nicht gerade den Vorteil des konkreten Eigentümers) erhöhen, sei es durch Steigerung des Verkaufswerts, sei es durch Kräftigung der Einkommensfähigkeit. Indem das Gesetz zwischen dieser Art der Verwendungen und den wirtschaftlich unnützen Luxusausgaben nicht unterscheidet, bestimmt es, daß unredliche Besitzer und Prozeßbesitzer für nichtnotwendige Verwendungen überhaupt keinen Ersatz erhalten sollen, auch nicht einmal nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. Nur das Wegnahmerecht des § 997 steht ihnen offen.

2. Dem redlichen Besitzer, der nichtnotwendige Verwendungen vor der Rechtshängigkeit der Eigentumsklage vorgenommen hat, wird ein Ersatzrecht gewährt. Voraussetzung ist aber, daß die Verwendungen **den Wert der Sache erhöht** haben (impensae utiles, vgl. A 1) und daß **die Erhöhung** noch zu der Zeit, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt, **fortdauert.** Nur der in diesem Augenblick vorhandene Mehrwert kann verlangt werden, und anderseits der Mehrwert nur insoweit, als er den Betrag der Verwendung nicht übersteigt. Fällt die Werterhöhung vor der Rückgabe der Sache fort, so ist das Ersatzrecht ausgeschlossen; der Besitzer trägt insofern die Gefahr. Doch entscheidet statt der Wiedererlangung der etwaige frühere Zeitpunkt, zu dem der Eigentümer in Annahmeverzug gerät oder die Verwendungen genehmigt (vgl. § 300 Abs 1, § 1001).

3. **Zu beweisen** hat der Besitzer sowohl den Wert der Verwendung als auch den Betrag, um den durch sie der Wert der Sache im maßgebenden Zeitpunkte (A 2) erhöht war. Dagegen liegt der Beweis, daß die Verwendung erst nach dem Eintritt der Bösgläubigkeit oder der Rechtshängigkeit vorgenommen wurde, dem Eigentümer ob.

§ 997

[1])Hat der Besitzer mit der Sache eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden, so kann er sie abtrennen und sich aneignen[2]). Die Vorschriften des § 258 finden Anwendung.

Das Recht zur Abtrennung ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer nach § 994 Abs 1 Satz 2 für die Verwendung Ersatz nicht verlangen kann oder die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat oder ihm mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde[3])[4]).

E I 936 Abs 3 II 910; M 3 414; P 3 354—357, 373; 6 238, 239.

1. Hat ein Besitzer mit der herauszugebenden Sache eine eigene verbunden, ohne sie zu einem wesentlichen Bestandteile (§§ 93, 94) der andern zu machen, so ist sein Eigentum unberührt geblieben. Nach § 985 kann er seine Sache wegnehmen oder, wenn er sie mit der andern an deren Eigentümer herausgegeben hat, von diesem zurückfordern. Hierüber hinaus gewährt § 997 ein **Wegnahmerecht** (jus tollendi) auch in dem Falle, **wenn die verbundene Sache zum wesentlichen Bestandteil der andern geworden,** mithin (vgl. §§ 946, 947 Abs 2) in das Eigentum des Herrn der Hauptsache gelangt ist. Die Wegnahme enthält hier außer der Trennung eine Aneignung; anderseits ist sie ausgeschlossen, wenn eine der drei in Abs 2 genannten Ausnahmen vorliegt. Mag indes durch die Verbindung ein wesentlicher Bestandteil geschaffen sein oder nur ein unwesentlicher, der aber als Einrichtung der Sache dauernd erkennbar blieb; immer muß nach § 258 der wegnehmende Besitzer die Hauptsache auf seine Kosten in den vorigen Stand setzen, während der Eigentümer, der sie zusammen mit der andern Sache wiedererlangt, die Wegnahme erst nach Sicherheitsleistung zu gestatten braucht. Beide Fälle (der des § 997 und der nur unter § 258 gehörige, wo ein wesentlicher Bestandteil nicht entstanden ist) stimmen ferner darin überein, daß das Wegnahmerecht dem Besitzer ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben zusteht. Auch die sonstigen Verschiedenheiten im Besitz spielen keine Rolle, nur daß natürlich ein mittelbarer Besitzer nicht zur eigenmächtigen Wegnahme, sondern nur zur Erhebung des Anspruchs nach § 258 Satz 2 imstande ist. Desgleichen kann es in beiden Fällen vorkommen, daß nach § 994 oder § 996 mit dem Wegnahmerecht ein Recht auf Verwendungsersatz zusammentrifft. Der Besitzer hat dann die Wahl, welches Recht er geltend machen will. Kann die Verbindung nicht als Verwendung auf die herauszugebende Sache aufgefaßt werden, so ist er auf das Wegnahmerecht beschränkt, wie dies vom unredlichen Besitzer und vom Prozeßbesitzer auch dann gilt, wenn sich die Verbindung zwar als Verwendung, aber nicht als notwendige Verwendung darstellt (vgl. § 996 A 1). Eine Zeitgrenze ist für das Wegnahmerecht des § 997 so wenig vorgesehen wie für das des § 258. Eine entsprechende Anwendung des § 1002 läßt sich nicht begründen (vgl. SeuffA 68 Nr 235). Anders verhält es sich für die Vorschriften des § 999, die auch für das Wegnahmerecht unentbehrlich sind (vgl. dort A 3). — Wo Vertrag oder Gesetz ein erweitertes Wegnahmerecht verleihen, greifen die Ausnahmen des § 997 Abs 2 nicht Platz. Gesetzliche Bestimmungen dieser Art s. in §§ 500, 547 (581), 601, 1049 (1093), 1216, 2125.

2. Das **Aneignungsrecht** bedeutet die Befugnis, durch Abtrennung und Besitzergreifung Eigentum an dem bisherigen wesentlichen Bestandteil zu erwerben. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß die abzutrennende Sache vor der Verbindung dem Besitzer gehörte; trifft dies nicht zu, so ist nach § 951 Abs 2 Satz 2 ihr früherer Eigentümer derjenige, dem das Aneignungsrecht zusteht. Das Verhältnis zwischen dieser Bestimmung und § 997 darf nicht etwa so gedacht werden, als ob auch § 951 das Aneignungsrecht auf den Besitzer der Hauptsache beschränkte und es ihm selbständig nur für den Fall einräumte, wenn die abzutrennende Sache, ohne von ihm selber verbunden zu sein, ihm gehört hat. Vielmehr erlaubt § 951 dem früheren Eigentümer die Aneignung allgemein, gleichviel wie und von wem die Verbindung vorgenommen war, und ohne Rücksicht darauf, ob er die Hauptsache jemals besaß (vgl. RG 63, 422). Beide zugleich aber, der frühere Eigentümer und ein davon verschiedener Besitzer, können nicht wohl aneignungsberechtigt sein. — Solange der Besitzer die Hauptsache noch nicht an deren Eigentümer herausgegeben hat, wirkt das Recht gegen jedermann. Der Gestattungsanspruch des § 258 Satz 2 hat obligatorische Natur; Schuldner ist der Eigentümer der Hauptsache zur Zeit der Verbindung (RG 63, 422). Da der Eigentumserwerb erst durch die Besitzergreifung erfolgt, kann ein Geschäftsunfähiger das Aneignungsrecht nicht selbständig ausüben (vgl. § 872 A 1).

3. **Das Wegnahmerecht ist ausgeschlossen:** a) wenn die Verbindung zu den gewöhnlichen Erhaltungskosten gehört (Dachreparatur usw.) und vom redlichen Besitzer vor der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs vorgenommen wurde. Dies aus dem Grunde, weil alsdann die Verwendung durch die dem Besitzer verbleibenden Nutzungen ausgeglichen wird (vgl. § 994 A 3); b) wenn die Abtrennung für den Besitzer keinen Nutzen hat. Die Vorschrift geht weiter als das allgemeine Schikaneverbot des § 226: es genügt, wenn im gegebenen Fall kein Interesse (auch kein Affektionsinteresse) an der Abtrennung besteht; c) wenn dem Besitzer der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Trennung für ihn haben würde. Ob dies durch den Eigentümer oder durch jemand anders geschieht, ist gleichgültig. Durch die Leistung des Ersatzes oder, wenn die Annahme grundlos abgelehnt wird, durch das erfolglose Angebot wird die Entstehung des Wegnahmerechts verhindert. Häufig wird der Besitzer nach Treu und Glauben verpflichtet sein, den Eigentümer vor der Abtrennung zur Ersatzleistung aufzufordern. Um das Wegnahmerecht auszuschließen, braucht nur der Wert des Bestandteils nach der Trennung ersetzt zu werden, nicht die höhere Summe, die der Besitzer etwa nach § 994 oder § 996 fordern kann. Doch kommt es auf den Wert

an, den der Bestandteil „für ihn" haben würde, so daß seine persönlichen Verhältnisse und selbst ein Liebhaberwert zu berücksichtigen sind.

4. Das Wegnahmerecht bezieht sich auch auf **Bäume und Pflanzen**, die der Besitzer in ein fremdes Grundstück eingepflanzt hat. Hierbei ist zu beachten, daß eine durch die Einpflanzung herbeigeführte Wertsteigerung der Pflanzen als Nutzung des Grundstücks erscheint. Nach §§ 987, 990 haben Prozeßbesitzer und unredliche Besitzer auf die Nutzungen keinen Anspruch. War daher der Besitzer bösgläubig oder nahm er die Einpflanzung erst nach der Rechtshängigkeit vor, so kann sein Wegnahmerecht durch einen Entschädigungsanspruch des Grundeigentümers beschränkt werden. Insbesondere hat dieser, wenn er von der Lösungsbefugnis des Abs 2 Gebrauch macht, dem Besitzer nur den Wert zu ersetzen, den die Pflanze vor ihrer Verbindung mit dem Grundstücke hatte.

§ 998

Ist ein landwirtschaftliches Grundstück herauszugeben, so hat der Eigentümer die Kosten, die der Besitzer auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des Wirtschaftsjahrs zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert dieser Früchte nicht übersteigen[1]).

E II 911; P 3 357, 373.

1. **Verwendungen des Besitzers auf herauszugebende Früchte** werden aus volkswirtschaftlichen Gründen in höherem Maße begünstigt als solche auf die Sache (das Grundstück) selbst. Ohne daß es auf seinen guten oder bösen Glauben oder auf die Rechtshängigkeit oder Nichtrechtshängigkeit der Klage ankommt, sind sie ihm insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte (zur Zeit der Herausgabe) nicht übersteigen. Für den Fall, daß die Früchte bereits getrennt sind, wird dies in § 102 schlechthin angeordnet (vgl. dort A 2—5). Hat eine Trennung noch nicht stattgefunden, so daß die Früchte als Bestandteile des Grundstücks in und mit diesem herauszugeben sind, so bestimmt es § 998, jedoch mit der Einschränkung, daß es sich um ein landwirtschaftliches Grundstück handeln muß und daß die Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft noch vor dem Ende des laufenden Wirtschaftsjahres zu trennen sein werden. Über den Begriff des landwirtschaftlichen Grundstücks s. § 582 A 1. Der Anfang des Wirtschaftsjahres richtet sich nach dem örtlichen Herkommen, muß aber für jede Gegend einheitlich bestimmt sein. An besondere Wirtschaftsjahre für die einzelnen Fruchtarten denkt das Gesetz nicht, da solche Zeiträume mit der Ernte enden würden. Die Einschränkung, daß die Früchte vor dem Ende des Wirtschaftsjahres trennbar sein müssen, wird besonders praktisch bei Früchten mit mehrjähriger Fruchtperiode. Statt des Wirtschaftsjahres entscheidet für den Pächter das Pachtjahr (§ 592), was auf den Nießbraucher, ehemännlichen und elterlichen Nutznießer sowie auf den Vorerben entsprechend anzuwenden ist (vgl. §§ 1055, 1421, 1663, 2130). Aus der Stellung des § 998 in dem Abschnitt über Verwendungen auf die Sache ergibt sich aber, daß das Ersatzrecht des Besitzers, abweichend von den soeben angezogenen Vorschriften und von § 102, nur nach Maßgabe der §§ 1000—1003 geltend gemacht werden kann.

§ 999

Der Besitzer kann für die Verwendungen eines Vorbesitzers, dessen Rechtsnachfolger er geworden ist, in demselben Umfang Ersatz verlangen, in welchem ihn der Vorbesitzer fordern könnte, wenn er die Sache herauszugeben hätte[1]).

Die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatze von Verwendungen erstreckt sich auch auf die Verwendungen, die gemacht worden sind, bevor er das Eigentum erworben hat[2])[3]).

E I 937 II 912; M 3 416; P 3 357—359; 373.

1. **Nicht nur der Erbe (§ 857), sondern auch der Einzelnachfolger des Besitzers kann für Verwendungen seines Rechtsvorgängers Ersatz fordern.** Veräußert der Besitzer die Sache und erwirbt der neue Besitzer kein Eigentum, weil der Veräußerer Nichteigentümer war, so geht wenigstens der Verwendungsanspruch des Veräußerers auf ihn über. Doch kann der Übergang durch Vertrag ausgeschlossen werden. Keine Rechtsnachfolge

liegt in der Begründung eines Rechtsverhältnisses, kraft dessen ein Dritter als unmittelbarer Besitzer dem bisherigen Alleinbesitzer den Besitz vermittelt. Daher steht dem unmittelbaren Besitzer ein Ersatzanspruch wegen der Verwendungen des mittelbaren Besitzers nicht zu. Macht er nach § 986 Abs 1 Satz 1 (vgl. dort A 1) dessen Zurückbehaltungsrecht (§ 1000) geltend, so ist er zur Herausgabe Zug um Zug gegen Befriedigung des mittelbaren zu verurteilen. Der Ersatzanspruch geht in demselben Umfang über, in welchem er in der Person des Vorbesitzers begründet ist. Hatte der Vorbesitzer infolge seiner Gutgläubigkeit für nützliche Verwendungen Ersatz zu verlangen (§ 996), so kommt dies auch dem neuen Besitzer zugute, mag er selber auch bösgläubig sein.

2. **Passiv erstreckt sich die Verpflichtung des Eigentümers auch auf die Verwendungen, die zur Zeit des früheren Eigentümers gemacht wurden.** Außer für die Erbfolge und die Auflassung von Grundstücken hat das Bedeutung für die Fälle, wenn eine bewegliche Sache nach § 931 oder durch constitutum possessorium des mittelbaren Besitzers veräußert wird. Das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers würde in diesen Fällen schon aus § 986 Abs 2 folgen (vgl. dort A 4). Eine Ausnahme von dem Eintragungsprinzip bei Grundstücken liegt ebensowenig vor wie bei den Vorschriften der §§ 571ff.; der § 892 ist nicht anwendbar. Wegen der Haftung des früheren Eigentümers gegenüber dem jetzigen bei entgeltlicher Veräußerung der Sache vgl. §§ 434, 445. — Der Sinn der Bestimmung ist nur der, daß die Zeit der Verwendung gleichgültig sein soll; um einen Eintritt in die Verpflichtung des früheren Eigentümers handelt es sich nicht. Hat der frühere Eigentümer, aber nicht der jetzige, der die Sache wiedererlangte, die Verwendungen genehmigt, so ist letzterer nach § 1001 Satz 2 noch immer befugt, sich durch Rückgabe zu befreien. Anderseits haftet der frühere Eigentümer trotz der Veräußerung aus seiner Genehmigung weiter; er wird nur frei, wenn er weder genehmigt noch die Sache wiedererlangt hat. Nimmt er die Veräußerung erst nach der Wiedererlangung vor, so ist er allein der Verpflichtete; § 999 Abs 2 greift dann überhaupt nicht Platz. — Im Falle des § 994 Abs 2 (notwendige Verwendungen, die der Besitzer nach der Rechtshängigkeit oder in bösem Glauben macht) kommt es für die Frage, ob die Verwendungen dem Willen des Eigentümers gemäß sind (§ 683), auf die Person desjenigen an, der zur Zeit ihrer Vornahme Eigentümer war. — Auf eine Dinglichkeit des Verwendungsanspruchs darf aus § 999 Abs 2 nicht geschlossen werden (vgl. **RG** 71, 427; Gruch 57, 998). Im Konkurse des Eigentümers ist nur eine Konkursforderung verfolgbar, mit Absonderungsrecht nur nach Maßgabe des § 49 Nr 3 KO. Bei der Grundstückszwangsversteigerung gehört der Verwender nicht zu den Beteiligten im Sinne des ZVG § 9 Nr 2 (vgl. § 1000 A 2, § 1003 A 1), und ausdrücklich bestimmt ZVG § 93 Abs 2, daß der Ersteher Verwendungen, die vor dem Zuschlage gemacht sind, nicht zu ersetzen braucht. Verwendungen nach dem Zuschlage ersetzt er nach den allgemeinen Bestimmungen, also, soweit es sich nicht um notwendige Verwendungen handelt (§§ 994, 995), nur dann, wenn sie der Verwender in gutem Glauben vor Zustellung der Vollstreckungsklausel oder der auf ihre Erteilung gerichteten Klage gemacht hat und wenn zugleich der Wert der Sache noch zur Zeit der Herausgabe erhöht ist (§ 996). Ähnlich wie mit dem Ersteher verhält es sich mit dem Enteigner (Exproprianten). Er erwirbt den enteigneten Gegenstand grundsätzlich frei von Verpflichtungen; der Besitzer muß seine Ansprüche als Nebenberechtigter geltend machen.

3. Beide Absätze des § 999 sind nach Sinn und Zweck des Gesetzes auch auf das **Wegnahmerecht** des Besitzers (§ 997) zu beziehen. Insbesondere richtet sich auch dieses Recht gegen den jeweiligen Eigentümer, ohne jedoch in der Zwangsversteigerung des Grundstücks ein Widerspruchsrecht zu geben oder gegen den Ersteher zu wirken. Im Konkurse ist das Wegnahmerecht ausgeschlossen. Eine Aussonderung des wesentlichen Bestandteils ist nicht möglich, da Trennung und Aneignung durch KO § 15 verhindert werden.

§ 1000

Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Das Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat[1]).

E I 938 Abs 2, II 913 Abs 3; M 3 416, 417; P 3 359; 4 592.

1. Die §§ 1000—1003 regeln die Rechtsbehelfe, die, abgesehen von dem Wegnahmerecht (§ 997), dem Besitzer wegen der Verwendungen zustehen. Sie finden auf den Erbschaftsanspruch unmittelbare, auf die Ansprüche des Finders entsprechende Anwendung (vgl. §§ 2022 Abs 1, 972, 974). — § 1000 ist trotz § 273 Abs 2 notwendig, weil die dort geforderte Fälligkeit des Verwendungsanspruchs nach § 1001 erst eintritt, wenn der

Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt, **der Besitzer aber auch ohnedies retentionsberechtigt sein soll** (anders RG Gruch 57, 1000). Im übrigen verbleibt es bei den auf § 273 Abs 2 bezüglichen Vorschriften. Daher schließt die Erlangung der Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung das Zurückbehaltungsrecht aus (§§ 273 Abs 2, 1000 Satz 2). Ob sich die unerlaubte Handlung gegen den Eigentümer oder gegen einen Dritten richtet, ist unerheblich; doch genügen nicht immer verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung (§ 992), da sie auch fahrlässig und sogar (vgl. § 992 A 1) ohne jedes Verschulden begangen werden können. Nach § 273 Abs 3 ferner ist der Eigentümer befugt, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch reale Sicherheitsleistung (§ 232 Abs 1) abzuwenden; endlich besteht nach § 274 die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts darin, daß der Besitzer zur Herausgabe Zug um Zug gegen Ersatz der Verwendungen verurteilt wird. — Betreffen die Verwendungen (z. B. Bauten) nur einen räumlich abgrenzbaren Teil des Grundstücks, so ist doch, wie schon aus § 1003 Abs 1 Satz 2 folgt, das ganze Grundstück Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts. — Das Zurückbehaltungsrecht kann ungeachtet § 1000 nicht Platz greifen, wenn sich aus einem Vertrage der Parteien etwas anderes ergibt. Darüber, daß der Mieter das Grundstück arg. § 556 Abs 2 auch dem Eigentumsanspruch gegenüber nicht zurückbehalten darf, vgl. § 994 A 1. Anderseits ist zwischen Eigentümer und Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht möglich, das in seinen Voraussetzungen über § 1000 hinausgreift und sich auf Abs 1 des § 273 stützt (fälliger Gegenanspruch aus demselben rechtlichen Verhältnis; vgl. § 986 A 1).

2. Das Zurückbehaltungsrecht in der Zwangsversteigerung gegen den Eigentümer und im Konkurse. a) Bei beweglichen Sachen. Da nach ZPO § 809 Sachen im Besitz eines Dritten gegen dessen Willen nicht gepfändet werden dürfen, ist der Verwender, der die Sache zurückbehält, zur Widerspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung (ZPO § 771) berechtigt. Im Konkurse des Eigentümers gibt ihm KO § 49 Nr 3 ein Absonderungsrecht, soweit die Verwendungen den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigen. b) Bei unbeweglichen Sachen, insbesondere Grundstücken und registrierten Schiffen (vgl. ZPO § 864 Abs 1; ZVG §§ 162 ff.), hat das Zurückbehaltungsrecht Dritten gegenüber keine Kraft. Der Ersteher, der vor dem Zuschlage gemachte Verwendungen nicht zu ersetzen braucht (ZVG § 93 Abs 2), wird auch durch das darauf gestützte Zurückbehaltungsrecht nicht betroffen. An dessen Stelle tritt auch keineswegs ein Anspruch auf Ersatz aus dem Versteigerungserlöse. ZVG § 92 Abs 1 bezieht sich nur auf solche Rechte, deren Inhaber im Zwangsversteigerungsverfahren Beteiligte sind. Beteiligter aber — vgl. ZVG § 9 Nr 2 — ist der Zurückbehaltungsberechtigte von Gesetzes wegen nicht und kann es auch durch Anmeldung beim Vollstreckungsgericht nicht werden. Weder hat er ein „Recht an dem Grundstück", da hierunter nur dingliche Rechte verstanden werden (RG 71, 430), noch steht sein Zurückbehaltungsrecht der Zwangsversteigerung entgegen. In § 9 Nr 2 wird der Miet- und Pachtbesitz ausdrücklich neben den die Versteigerung hindernden Rechten aufgeführt, und § 93 Abs 1 verbietet die Zwangsvollstreckung aus dem Zuschlag nur gegen denjenigen, der auf Grund eines durch den Zuschlag nicht erloschenen Rechtes besitzt. (So im Ergebnis auch RG 26. 10. 04 I 258/04, wodurch OLG 8, 116 aufgehoben wurde; vgl. § 1003 A 1). Soweit der Ersteher für Verwendungen aus der Zeit nach dem Zuschlag haftet (§ 999 A 2), muß der Besitzer, um sein Zurückbehaltungsrecht zu wahren, die Vollstreckungsgegenklage der ZPO § 767 erheben oder nach ZPO § 732 Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel geltend machen. Dem Gesagten entspricht es, daß das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse kein Absonderungsrecht gewährt. KO § 49 Nr 3 gilt nur für bewegliche Sachen.

§ 1001

[1])Der Besitzer kann den Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen nur geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt[2]) oder die Verwendungen genehmigt[3]). Bis zur Genehmigung der Verwendungen kann sich der Eigentümer von dem Anspruche dadurch befreien, daß er die wiedererlangte Sache zurückgibt[4]). Die Genehmigung gilt als erteilt, wenn der Eigentümer die ihm von dem Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache annimmt[5]).

E I 938 Abs 1 II 913 Abs 1; M 3 415—417; P 3 357, 360—364, 374; 4 591, 592.

1. Einen selbständigen, klagbaren Anspruch wegen der Verwendungen gewährt das Gesetz erst nach Lösung des inneren Zusammenhangs zwischen Vindikation und Gegenrecht des Besitzers, **wenn nämlich der Eigentümer entweder die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt hat.** Durch das eine oder andere ist der Anspruch von

Rechts wegen bedingt, so daß der Besitzer einstweilen weder mahnen noch aufrechnen kann und die Verjährung noch nicht beginnt. Im übrigen stehen die beiden Voraussetzungen klagweiser Geltendmachung des Anspruchs einander nicht gleich. Genehmigt der Eigentümer, so ist er endgültig gebunden; der Anspruch gegen ihn unterliegt der dreißigjährigen Verjährung. Erlangt er aber die Sache ohne Genehmigung wieder, so kann er sich durch Rückgabe an den Besitzer befreien. Tut er dies nicht und hatte ihm der Besitzer die Sache herausgegeben, so erlischt der Anspruch gegen ihn durch Ablauf der in § 1002 bestimmten Ausschlußfrist.

2. Sei es durch Herausgabe seitens des Verwenders oder auf andere Art. Erforderlich ist aber nicht nur, daß der Eigentümer Besitzer wird, sondern zugleich auch, daß der Verwender den Besitz verliert. Daher genügt es zwar, wenn der Verwender, der mittelbarer Besitzer ist, seinen Herausgabeanspruch abtritt, nicht aber, wenn er durch Besitzkonstitut den Eigentümer zum mittelbaren Besitzer und sich selbst zum Besitzmittler macht. Handelt es sich um ein Grundstück, so steht es der Wiedererlangung der Sache selbst gleich, wenn das Grundstück zwangsweise versteigert wird. Dies deshalb, weil der Ersteher nach ZVG § 93 Abs 2 von dem Ersatzanspruch nicht betroffen wird und der Erlös dem früheren Eigentümer zugute kommt (zweifelnd RG 71, 430).

3. Genehmigung ist, wie in § 684, die Gutheißung der Verwendungen. Sie bedarf nicht der Erklärung, sondern kann sich in Handlungen äußern, die ohne Mitteilungsabsicht vorgenommen werden. Rechnet der Eigentümer mit einer Gegenforderung auf, so hat er die Genehmigung erklärt. Über die Fiktion nach Satz 3 s. A 5. Die Genehmigung kann vor oder nach der Wiedererlangung der Sache erfolgen. Im letzteren Falle beseitigt sie die Rückgabebefugnis des Satz 2 (vgl. dazu auch § 1002 Satz 1). Genehmigt der Eigentümer zugleich den für die Verwendungen vom Besitzer geforderten Betrag, so ist eine Vereinbarung getroffen, die über die Höhe des Ersatzanspruchs entscheidet. Der Eigentümer kann sich aber auch darauf beschränken, nur die Verwendungen als solche zu genehmigen, sei es, daß er den geforderten Betrag bestreitet oder daß ein bestimmter Betrag nicht gefordert wird. Alsdann sind für die Höhe des Anspruchs die gesetzlichen Vorschriften maßgebend.

4. Nötig zur Befreiung ist nur die Zurückgabe des Besitzes, nicht die Übertragung des Eigentums. Ein Abandon kommt nicht in Frage. Durch die Zurückgabe wird der frühere Zustand wiederhergestellt, so daß der Besitzer retentionsberechtigt ist (§ 1000) und, um sich aus der Sache zu befriedigen, nach § 1003 vorgehen muß. Hat er gegen eine Forderung des Eigentümers mit seinem Ersatzanspruch aufgerechnet, so wird die Aufrechnung hinfällig und die Forderung lebt wieder auf. Wenn der Eigentümer auf Ersatz verklagt wird und die Sache während des Prozesses zurückgibt, erledigt sich die Klage. Es handelt sich um eine *alternative* Ermächtigung, die mit dem Untergang der Sache erlischt, aber durch deren Verschlechterung nicht berührt wird. Der Eigentümer, der die Verschlechterung nach Wiedererlangung der Sache verschuldet hat, haftet dem Besitzer, abgesehen von dem Fall der Arglist, auch nicht auf Schadensersatz. Er kann mit seiner Sache verfahren, wie er will (a. M. Prot 3, 366). Stehen dem Eigentümer *mehrere Besitzer* gegenüber, ein mittelbarer und ein vermittelnder, die beide Ersatz für Verwendungen fordern, so muß er zur Herstellung des früheren Zustandes und, um sich von beiden zu befreien, die Sache dem vermittelnden Besitzer herausgeben. Statt der Rückgabe der Sache genügt es, wenn der Eigentümer den Besitzer in *Annahmeverzug* versetzt hat.

5. Annahme der vom Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotenen Sache wird vom Gesetz der Genehmigung gleichgestellt. Darin liegt eine Fiktion, kein auslegender oder ergänzender Rechtssatz; ein Widerspruch nützt dem Eigentümer nichts. Doch muß eine Ausnahme für die Fälle gemacht werden, in denen der Besitzer zur Zurückbehaltung nicht berechtigt ist. Hat er die Sache durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt (§ 1000 Satz 2) oder ist er ohne Rücksicht auf die Verwendung verurteilt, so kann der Eigentümer die ihm unter Vorbehalt angebotene Sache mit Verwahrung gegen den Ersatzanspruch annehmen, ohne sich dadurch dem Genehmigungspräjudiz zu unterwerfen. Widerspricht er freilich dem Vorbehalt nicht, so ist es trotz § 1000 Satz 2 und trotz des Urteils möglich, daß in der Annahme der Sache eine Genehmigung gefunden werden muß. Dies aber nur nach den Regeln der stillschweigenden Willenserklärung; § 1001 Satz 3 ist nicht anwendbar.

§ 1002

Gibt der Besitzer die Sache dem Eigentümer heraus, so erlischt der Anspruch auf den Ersatz der Verwendungen mit dem Ablauf eines Monats, bei einem Grundstücke mit dem Ablaufe von sechs Monaten nach der Herausgabe, wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendmachung erfolgt oder der Eigentümer die Verwendungen genehmigt.

Auf diese Fristen finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung[1]**).**

E I 938 Abs 3 II 913 Abs 2; M 3 417; P 3 359—364, 374; 4 591, 592; 6 389.

1. Genehmigt der Eigentümer die Verwendungen oder erlangt er die Sache in anderer Weise als durch Herausgabe seitens des Besitzers wieder, so verjährt der Ersatzanspruch wegen der Verwendungen in dreißig Jahren. § 1002 bestimmt statt dessen eine kurze **Ausschlußfrist** für den Fall, wenn der Besitzer dem Eigentümer die Sache herausgibt, und zwar ohne sich dabei seinen Anspruch vorzubehalten. Die letztere Einschränkung, die aus den Anfangsworten des Abs 1 nicht zu ersehen ist, ergibt sich aus den Schlußworten verbunden mit § 1001 Satz 3, da die Annahme der unter Vorbehalt des Anspruchs angebotenen Sache als Genehmigung gilt. Die Frist beträgt bei beweglichen Sachen 1, bei Grundstücken 6 Monate von der Herausgabe an; wegen der Berechnung vgl. § 187 Abs 1, § 188 Abs 2, 3. Sie wird gewahrt durch gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs, also (vgl. § 209 Abs 1, 2 Nr 1—3) durch Leistungs- oder Feststellungsklage, Zustellung eines Zahlungsbefehls, Anmeldung im Konkurse oder auch durch Aufrechnung, wenn nämlich der Eigentümer den Besitzer aus irgendeinem Grunde auf Zahlung verklagt und die Klage ohne Rücksicht auf den Aufrechnungseinwand des Besitzers abgewiesen wird. Mit der Zurückbehaltungseinrede des § 1000 wird aber nicht der Anspruch des § 1001 geltend gemacht; gibt der Besitzer die Sache vorbehaltlos heraus, so nützt es ihm nichts, daß er in einem vorausgegangenen Vindikationsprozeß einredegemäß zur Herausgabe Zug um Zug gegen Verwendungsersatz verurteilt wurde. Die Wirkungen der Klagerhebung entfallen nach § 212, wenn die Klage zurückgenommen oder ohne Sachentscheidung abgewiesen wird. Auch dann läuft die Frist nicht ab, wenn vor ihrem Ende der Eigentümer genehmigt. Obgleich sie keine Verjährungsfrist ist, wird sie durch Abs 2 in einigen Beziehungen einer solchen gleichgestellt. Sie wird gehemmt durch Stillstand der Rechtspflege und sonstige höhere Gewalt (§ 203); ihre Vollendung wird durch Mangel der gesetzlichen Vertretung des Besitzers hinausgeschoben (§ 206); eine Verängerung findet auch dann statt, wenn der Anspruch zu einem Nachlasse gehört oder sich gegen einen Nachlaß richtet (§ 207).

§ 1003

[1])**Der Besitzer kann den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrags auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Nach dem Ablaufe der Frist ist der Besitzer berechtigt, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstücke nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen, wenn nicht die Genehmigung rechtzeitig erfolgt**[2]**).**

Bestreitet der Eigentümer den Anspruch vor dem Ablaufe der Frist, so kann sich der Besitzer aus der Sache erst dann befriedigen, wenn er nach rechtskräftiger Feststellung des Betrags der Verwendungen den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung aufgefordert hat und die Frist verstrichen ist; das Recht auf Befriedigung aus der Sache ist ausgeschlossen, wenn die Genehmigung rechtzeitig erfolgt[3]**)**[4]**).**

E II 914; P 3 364—367, 374; 4 592; 6 239, 240.

1. Kämen allein die §§ 1000—1002 zur Anwendung, so würde es vom Belieben des Eigentümers abhängen, ob der Besitzer für die Verwendungen Ersatz bekommt. Da das Gesetz dieses Ergebnis mißbilligt, **gibt § 1003 in einer Verbindung von Fristsetzungen und Klagen die Mittel an die Hand, um den Ersatz nach Möglichkeit auch wider den Willen des Eigentümers zu erzwingen.** Zunächst muß ihn der Besitzer unter Angabe des verlangten Betrags auffordern, sich innerhalb einer bestimmten angemessenen Frist zu erklären, ob er die Verwendung genehmige. Erfolgt die Genehmigung, so ist die Angelegenheit erledigt; dem Besitzer steht nach § 1001 ein selbständiger Anspruch zu, den er ausklagen und aus dem ganzen Vermögen des Eigentümers beitreiben kann. Genehmigt dieser aber nicht, so liegt die erste Voraussetzung für das Recht des Besitzers vor, sich aus der Sache zu befriedigen. Es müssen dann folgende zwei Fälle unterschieden werden: a) Der Eigentümer erklärt sich überhaupt nicht oder bestreitet doch den Ersatzanspruch nicht (Fall des Abs 1; vgl.

A 2). Dann ist das Recht des Besitzers unentziehbar geworden; etwas Weiteres (Erwirkung eines Vollstreckungstitels) ist nur da geboten, wo die Befriedigung durch Zwangsvollstreckung beschafft werden muß. b) Der Eigentümer hat seine Ersatzpflicht rechtzeitig bestritten (Fall des Abs 2; vgl. A 3). In diesem Falle muß der Anspruch rechtskräftig festgestellt und ferner eine neue angemessene Frist zur Genehmigung gesetzt werden. Genehmigt der Eigentümer in der zweiten Frist, so hat der Besitzer den klagbaren Anspruch nach § 1001, nicht das Befriedigungsrecht des § 1003. Wird wiederum nicht genehmigt, so gilt nunmehr das zu a Gesagte. — Zu knappe Bemessung der Fristen schadet nichts, falls der Besitzer über das Ende hinaus eine genügende Zeit abgewartet hat. Durch Bestimmung der unangemessen kurzen Frist wird die angemessene Frist in Lauf gesetzt (vgl. RG 56, 234; 62, 68; § 250 A 2). — Ein dingliches Recht ist das Befriedigungsrecht des Besitzers sowenig wie der Verwendungsanspruch überhaupt (vgl. § 999 A 2). Es handelt sich nur um eine besondere Art der Durchführung der persönlichen Forderung (Mot zum § 41 KO a. F.). Wird daher die Zwangsversteigerung des Grundstücks betrieben, so erlangt der Besitzer dadurch, daß er die Fristen des § 1003 setzt, die dort erwähnte Feststellung herbeiführt und seinen Anspruch beim Vollstreckungsgericht anmeldet, noch kein Recht auf Befriedigung aus dem Erlöse. Beteiligter im Sinne des ZVG § 9 Nr 2 wird er nur, wenn er auf Grund eines nach § 1001 oder § 1003 erwirkten vollstreckbaren Titels das Verfahren betreibt. Alsdann erhält er Befriedigung in der fünften Rangklasse (ZVG § 10 Nr 5). Ansprüche aus Rechten, die vor der zu seinen Gunsten erfolgten Beschlagnahme im Grundbuch eingetragen wurden, gehen ihm vor, auch wenn sie erst nach der Verwendung entstanden sind (RG 71, 428; SeuffA 68 Nr 224; s. auch § 1000 A 2). — Übersteigt der Erlös der Sache den Ersatzanspruch, so fällt der Überschuß kraft dinglicher Surrogation dem Eigentümer zu. Reicht umgekehrt der Erlös zur Befriedigung des Besitzers nicht hin, so hat dieser auch dann keinen Anspruch auf Nachzahlung, wenn der Eigentümer selber der Ersteher ist. Eine Wiedererlangung im Sinne des § 1001 liegt hierin nicht; der Eigentümer erlangt die Sache nicht in seiner Eigenschaft als solcher.

2. Mit dem Augenblick, in welchem der Eigentümer die in Satz 1 erwähnte Frist ohne Genehmigung oder Bestreitung verstreichen läßt, gelangt das Befriedigungsrecht des Besitzers zur Entstehung. Die Befriedigung findet bei beweglichen Sachen nach den Vorschriften über den Pfandverkauf statt (vgl. §§ 1234—1240). Im Fall eines Streites über die Rechtmäßigkeit des Verkaufs muß der Besitzer die Fristsetzung und die Angemessenheit der Frist beweisen, wogegen es dem Eigentümer obliegt, darzutun, daß er innerhalb der Frist die Verwendungen genehmigt oder den Ersatzanspruch bestritten hat. Ist die bewegliche Sache dem Verwender abhanden gekommen, so kann er das Befriedigungsrecht nicht ausüben; herausgabepflichtig ist ihm der Eigentümer nicht. Bei Grundstücken erfolgt die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Hierzu bedarf es, da die §§ 172ff. ZVG keine Ausnahme von den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes vorsehen, eines vollstreckbaren Titels. Der Besitzer muß die Verurteilung des Eigentümers zur Leistung aus dem Grundstück (Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück) erwirken. Der Streit dreht sich dabei ausschließlich darum, ob die Voraussetzungen des § 1003 Abs 1 gegeben sind; den Anspruch selbst kann der Eigentümer nicht mehr bestreiten. Sowohl Zwangsversteigerung wie Zwangsverwaltung stehen dem Besitzer zu Gebote, nicht aber, trotz ZPO § 866, die Eintragung einer Sicherungshypothek. Eine solche Eintragung wäre keine „Befriedigung aus der Sache“; auch würde dadurch eine Forderung ins Leben gerufen, die mit der auf die Sache beschränkten Haftung des Eigentümers unvereinbar wäre. Ebenso wie mit Grundstücken verhält es sich nach § 1268 mit registrierten Schiffen (vgl. ZPO § 870 Abs 2; ZVG §§ 162ff.).

3. Bestreitet der Eigentümer den Ersatzanspruch nach Grund oder Höhe, so ist zunächst erforderlich, daß der Besitzer eine rechtskräftige Feststellung erwirkt. Das geschieht durch Feststellungsklage; für eine Leistungsklage ist mangels der Voraussetzungen des § 1001 kein Raum. Festzustellen ist der „Betrag der Verwendungen“, d. h. der Anspruch auf Ersatz des verlangten Betrags. Zu dem rechtskräftigen Feststellungsurteil muß hinzukommen, daß dem Eigentümer nochmals eine angemessene Frist zur Erklärung über die Genehmigung bestimmt worden ist und daß eine rechtzeitige Genehmigung nicht stattgefunden hat. Nach der Ausdrucksweise des Gesetzes müßten diese drei Erfordernisse — erste Frist, Feststellungsurteil, zweite Frist — sowie, wenn es sich um Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen handelt, die Erwirkung des vollstreckbaren Titels (vgl. A 2) in zeitlicher Reihenfolge hintereinander beobachtet werden; so anscheinend auch RG 71, 429. Nach ZPO §§ 255, 259 ist aber eine Verbindung in der Art möglich, daß klagend beantragt wird: a) festzustellen, daß dem Kläger gegen den Beklagten ein Ersatzanspruch wegen der Verwendungen in Höhe von 1000 Mark zusteht; b) im Urteil eine Frist zu bestimmen, binnen deren sich der Beklagte über die Genehmigung der Verwendungen zu erklären hat; c) für den Fall fruchtlosen Ablaufs der Frist den Beklagten zur Zahlung der 1000 Mark aus dem Grundstück zu verurteilen.

4. **Der Besitzer, der Ersatz für seine Verwendungen verlangt, kann nach §§ 294, 295 einen Annahmeverzug des Eigentümers herbeiführen.** Da dieser verpflichtet ist, Zug um Zug zu leisten (vgl. § 1000 A 1), gerät er in Verzug, wenn er zwar die ihm angebotene Sache anzunehmen bereit ist, den verlangten Ersatz aber nicht anbietet (§ 298). Die hierüber in Prot 3, 370 geäußerten Zweifel sind unbegründet. Der Annahmeverzug hat auch neben dem Befriedigungsrecht des § 1003 selbständige Bedeutung, insofern die Haftung des Besitzers für Schäden und Nutzungen abgeschwächt wird (§ 300 Abs 1, § 302) und ihm Mehraufwendungen im Sinne des § 304 erstattet werden müssen.

§ 1004

Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt[1], so kann der Eigentümer[2]) von dem Störer[3]) die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen[4]). Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen[5]).

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist[6]).

E I 943, 944 II 916; M 3 422—429; P 3 377—379.

1. Die **Negatoria** richtet sich gegen jede Beeinträchtigung des Eigentums, die in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes erfolgt. Sie bezweckt nicht bloß die Abwehr angeblicher dinglicher Belastungen. Ein Recht braucht sich der Beklagte überhaupt nicht anzumaßen (vgl. **RG** Gruch 44, 1095; OLG 4, 313). Die Klage erfordert auch weder ein Verschulden des Beklagten (**RG** 51, 411; JW 02 Beil 187; Warn 1916 Nr 51; 1917 Nr 245) noch einen Vermögensschaden des Klägers (**RG** JW 1911, 587[33]); auch die Abwehr unschädlicher Störungen stellt sich nicht als Schikane im Sinne des § 226 dar (vgl. **RG** 54, 434; OLG 26, 72). Ganz überwiegend handelt es sich um den Schutz von Grundstücken und um Beeinträchtigungen, die darin bestehen, daß auf das Grundstück eingewirkt oder daß der Eigentümer an der Ausübung des Eigentums gehindert wird. Als Einwirkungen kommen vor allem die unzulässigen Immissionen in Betracht, wie die Zuführung fester Körper (Bienen, Tauben, Ratten, Steinen aus Steinbrüchen, Kugeln), die schlechthin unstatthaft ist (**RG** 76, 132; Warn 1911 Nr 330; 1918 Nr 55), oder die gemäß Art 65 EG nach den Landeswassergesetzen zu beurteilende Zuführung von Wasser (vgl. darüber § 906 A 5). Der Hauptfall ist die Immission sog. Imponderabilien (Gase, Dämpfe, Gerüche, Rauch usw.), soweit sie nach § 906 verboten werden kann. Durch ärgerniserregende Vorgänge in der Nachbarschaft, die das seelische Empfinden der Bewohner des Grundstücks kränken (Bordellbetrieb, **RG** 57, 239; Freibad, **RG** 76, 130; vgl. auch **RG** 50, 228), wird nicht auf das Grundstück selbst eingewirkt, daher nicht das Eigentum beeinträchtigt. In solchen Fällen kann eine Unterlassungsklage nicht aus § 1004 unmittelbar, sondern nur beim Hinzukommen besonderer Umstände aus einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift (s. unten A 7) hergeleitet werden. **RG** 57, 242 verlangt dafür den vollen Tatbestand des § 826; doch werden die objektiven Voraussetzungen (Vermögensbeschädigung durch Sittenverstoß) hinreichen (vgl. A 7 unter b). Eine übermäßige Ausdehnung des Begriffs der Einwirkung auf die Sache s. in OLG 20, 402 (unbefugtes Photographieren eines Gebäudes). Erforderlich ist, daß eine Beeinträchtigung schon stattgefunden hat, nicht bloß Gefahr künftiger Beeinträchtigung besteht. Verbote oder Drohungen, die die Person des Besitzers seelisch zu beeinflussen geeignet sind und deshalb nach § 862 einen Besitzstörungsanspruch hervorrufen können (vgl. § 858 A 5), bedeuten noch keine Antastung des Eigentums. Es darf aber nicht gerade der Anfang der Ausführung der Verletzung gefordert werden, vielmehr genügen auch Vorbereitungshandlungen. Anlagen, die bei ordnungsmäßigem Gebrauch notwendig stören müssen (z. B. eine Kegelbahn dicht an der Trennungsmauer; Schießstände unmittelbar neben dem in der Fluglinie der Geschosse liegenden Grundstück, vgl. dazu **RG** Warn 1911 Nr 330), sind schon vor Beginn der Benutzung als störend anzusehen. Im einzelnen ist die Grenze flüssig. Nach **RG** 6. 10. 17 V 160/17 enthält es keine gegenwärtige Beeinträchtigung des Eigentums des Klägers, wenn der Nachbar einen diesem Eigentum widersprechenden Bauplan zur behördlichen Genehmigung einreicht; nur zu einer Feststellungsklage soll er Anlaß geben. Dagegen gewährt **RG** Recht 1918 Nr 714 die Negatoria gegen Sprengungen in einem benachbarten Steinbruch schon dann, wenn die Verwaltungsbehörde an den Eigentümer ein Betretungsverbot für die Sprengzeiten erlassen hat. Notwendig ist anderseits die Fortdauer der Beeinträchtigung. Diese selbst muß fortdauern; es genügt nicht, wenn die Beeinträchtigungshandlung (die Störung) vorübergegangen ist und nur ihre Wirkungen fortbestehen.

Die Störung muß entweder körperlich in die Gegenwart hineinragen oder es müssen weitere Störungen zu besorgen sein. Eine besondere Häufigkeit oder Dauer der Störungen wird nicht verlangt (RG 57, 227; JW 1911, 587[33]; z. B. Warn 1912 Nr 342, RG 25. 6. 10 V 506/09: Geräusch während des Baues eines Kanals oder einer Eisenbahn). — Von anderer Art, aber begrifflich gleichfalls hierhergehörig, ist die Beeinträchtigung des Eigentums durch Mißbrauch des Registerwesens. Auch der Anspruch auf Berichtigung falscher Grundbucheintragungen hat negatorischen Charakter (vgl. Mot 3, 424; RG 57, 322) und wird in §§ 894ff. nur einer Sonderregelung unterworfen. In einem Falle, in dem es sich um Berichtigung einer Katasterkarte handelte, hat OLG 26, 22 zutreffend den § 1004 angewendet. Unhaltbar freilich SeuffA 61 Nr 8 (Löschungsklage des Eigentümers gegen den persönlichen Schuldner einer auf dem Grundstück ruhenden Hypothek, darauf gestützt, daß die Hypothek durch einen eingetragen gewesenen Nichteigentümer bestellt war).

2. **Anspruchsberechtigt ist der Eigentümer,** sowohl der Allein- wie der Miteigentümer (§ 1011), der besitzende wie der nichtbesitzende Eigentümer. Der Beweis des Eigentums wird durch die Vermutungen des § 891 (Grundbucheintrag) und des § 1006 (Besitz der beweglichen Sache) erleichtert. Wird das Grundstück des Klägers während des Prozesses veräußert, wohin auch der Fall des Zuschlags in der Zwangsversteigerung zu rechnen ist, so hat der Nachfolger nach Maßgabe des § 266 ZPO in den Prozeß einzutreten, ohne Unterschied, ob der Beklagte ein dingliches Recht an dem Grundstück in Anspruch nimmt oder ob sich der Streit nur um die Befugnis zu Immissionen dreht (vgl. RG 40, 333). Auch Erbbauberechtigte (§ 1017 Abs 2), Dienstbarkeitsberechtigte (§§ 1027, 1090 Abs 2), Nießbraucher (§ 1065) und Pfandgläubiger (§ 1227) können negatorisch klagen. Doch handelt es sich dabei nur um entsprechende Anwendung des § 1004. Vorausgesetzt wird, was nicht notwendig bei Beeinträchtigung des Eigentums der Fall zu sein braucht, daß das betreffende dingliche Recht beeinträchtigt ist; nur auf diese Beeinträchtigung zielt der Beseitigungsanspruch ab; das Urteil wirkt weder für noch gegen den Eigentümer. Dagegen ist bei dem Mieter für eine Negatoria kein Raum; er muß besitzen, um alsdann den Besitzstörungsanspruch des § 862 erheben zu können (vgl. RG 59, 327; Warn 1918 Nr 55).

3. Gleich dem Besitzstörungsanspruch richtet sich auch die Negatoria gegen den **Störer.** Darunter ist gemäß der dinglichen Natur des Anspruchs derjenige zu verstehen, durch dessen Willen der dem Eigentum widersprechende Zustand aufrechterhalten wird (Mot 3, 424). Es muß also, wie sich auch aus dem Inhalt des Anspruchs ergibt, zu dem allgemeinen Begriff der Störung eine alternative Voraussetzung hinzutreten: der Störer muß entweder in der Lage sein, die Beeinträchtigung zu beseitigen, oder er muß weitere Beeinträchtigungen befürchten lassen. Bei einer störenden Anlage ist nicht derjenige der Störer, der sie errichtet hat, sondern der sie hält (vgl. RG 60, 140; JW 02 Beil 187; 1910, 654[13]). Wer auf seinem Grundstück eine Anlage hergestellt hat und es dann veräußert, scheidet als Störer aus (OLG 4, 65); eine Beseitigungspflicht kann ihm nur nach §§ 823, 249 obliegen, sofern ihn bei der Herstellung ein Verschulden traf. Ob der Erwerber nach § 1004 beseitigungspflichtig ist, bestimmt sich danach, ob er die Anlage „hält", d. h. aufrechterhält. Erklärt er sofort dem Nachbar, mit ihrer Beseitigung einverstanden zu sein, so hält er sie nicht, braucht sie daher auch nicht (auf seine Kosten) zu beseitigen, sondern nur die Beseitigung auf Kosten des Nachbars zu dulden. — Näher im einzelnen ist Störer, wer auf die Sache einwirkt oder den Eigentümer an der Ausübung des Eigentums hindert (vgl. A 1). Der Störende braucht nicht Eigentümer, er kann Mieter oder Pächter, möglicherweise auch überhaupt nicht berechtigt sein. Stören mehrere, so kann jeder einzelne verklagt werden, ohne daß ihm aus dem Vorhandensein noch anderer Störer ein Einwand erwüchse (RG LZ 1918, 212). Die Störung kann auch mittelbar geschehen, insbesondere so, daß jemand durch seine Tätigkeit ein schädliches Eingreifen von Naturkräften der unorganischen oder organischen Welt ermöglicht; vgl. RG SeuffA 60 Nr 55 (Aufschütten von Sandmassen, die dann auf das Nachbargrundstück abgespült werden); Gruch 54, 158 (Schutthalden); Warn 1917 Nr 244 (Gänsegeschnatter); JW 1910, 654[13] (Froschquaken in einem künstlich angelegten Teiche). Nicht minder bedeutsam ist die durch Menschen vermittelte Einwirkung. Daß juristische Personen für Störungshandlungen ihrer Organe haften, folgt schon aus §§ 31, 89 (vgl. z. B. RG JW 01, 52; Gruch 57, 1003). Im übrigen stellt sich zwar die Veräußerung eines Grundstücks mit dem Bewußtsein, der Erwerber werde darauf Störungen verursachen, noch nicht als eigene Einwirkung auf das Nachbargrundstück dar (RG Warn 1911 Nr 331). Wohl aber genügt es, wenn ein Unternehmer Auftrag zu den Einwirkungen erteilt oder wenn er auch nur Arbeiten vornehmen läßt, die die Einwirkung zur Folge haben müssen (vgl. RG 97, 26; RG SeuffA 60 Nr 10; Warn 09 Nr 143). Neben der juristischen Person haftet der gesetzliche Vertreter selber. Der Beauftragte haftet neben dem Auftraggeber dann, wenn auch er zur Beseitigung der Beeinträchtigung fähig ist oder gerade auch von ihm noch weitere Beeinträchtigungen drohen.

Behauptet er, die Störung in Ausübung eines Rechtes des Auftraggebers vorgenommen zu haben, so steht ihm nach ZPO § 77 die Benennung des Urhebers zu (vgl. SeuffA 56 Nr 88). Als mittelbarer Störer hat endlich auch zu gelten, wer die Einwirkungen Dritter duldet, obgleich er sie hindern könnte und zu hindern verpflichtet ist; vgl. z. B. **RG** 92, 22 (ein einzelner Genosse einer Wassergenossenschaft). Geht die Einwirkung von einem Grundstück aus (vgl. diese Worte in § 906), und zwar von einem Nutzungsberechtigten des Grundstücks (Nießbraucher, Mieter, Pächter), so kommt neben dem Täter auch der Eigentümer als Anspruchsgegner in Betracht. Er haftet dann nicht nur in Fällen, wo eine mit dem Grundstück verbundene Anlage der Grund der Störung ist oder wo er die Störung sonstwie veranlaßt hat (vgl. z. B. **RG** JW 01, 52 = Gruch 45, 1008, wo die Stadt die Kanalisation geschaffen und den Bürgern zur Ableitung ihrer Hausabwässer zur Verfügung gestellt hatte), sondern auch schon, wenn er die Störung in ungehöriger Weise duldet (vgl. **RG** 45, 298; 92, 363; 97, 26). Schreitet er, wenn er Vermieter ist, gegen einen ihm bekannten Mißbrauch des Grundstücks durch den Mieter trotz § 550 nicht ein, so ist das ebenso ungehörig, wie wenn er das Grundstück geradezu zu einem Gebrauch, der die Störung mit sich bringt, vermietet. Beidemale muß er als Störer behandelt werden; durch die Vermietung wird er von den aus §§ 903, 906 ersichtlichen Pflichten nicht befreit (vgl. **RG** 47, 164; JW 00, 840[6]; 02 Beil 187; 04, 142[11]; Warn 08 Nr 380; 1917 Nr 245; 1918 Nr 116; Gruch 57, 1003; **RG** LZ 1916, 817; 1919, 322). Ausgenommen ist nur der Fall, daß der Mieter das Grundstück ohne Vorwissen des Vermietereigentümers mißbraucht. Da dieser Fall nicht zu vermuten ist, vielmehr vom Eigentümer bewiesen werden müßte, heißt es in **RG** 47, 164, der letztere sei „prima facie" (d. h. mangels Entlastungsbeweises) neben dem Mieter haftbar.

4. Hat der Gegner die Beeinträchtigung nicht schuldhaft veranlaßt und erklärt er sich auf Aufforderung des Eigentümers mit ihrer Beseitigung einverstanden, so hört er auf, Störer zu sein (s. A 3), und der Eigentümer ist darauf angewiesen, die Sache selbst in Ordnung zu bringen (vgl. nach früherem Recht **RG** 45, 299). Setzt aber der Gegner die Störung fort, so greift § 1004 ein, indem nunmehr der Beklagte die Beeinträchtigung auf seine Kosten zu **beseitigen** hat. Dabei wird er nicht mit der Verteidigung gehört, die Beseitigung sei derart erschwert, daß sie für unmöglich gelten müsse; gegenüber dem dinglichen Anspruch ist für einen Einwand der Unmöglichkeit der Leistung kein Raum (**RG** JW 1910, 754[15]) Beseitigung bedeutet nicht notwendig Naturalrestitution im strengsten Sinn, sondern kann auch in Herstellung eines ähnlichen Zustandes bestehen (Recht 1919 Nr 428). Wie sie geschehen soll, haben Klage und Urteil in der Regel dem Beklagten zu überlassen. Einerseits kann die Frage, was zur wirksamen Verhütung unzulässiger Einwirkungen nötig ist, meist nur von Fall zu Fall in der Zwangsvollstreckung entschieden werden. Anderseits hat der Kläger kein Recht auf bestimmte Maßnahmen und darf dem Beklagten die Möglichkeit der Wahl nicht verschränken (vgl. **RG** 37, 174; 40, 184; 60, 121; JW 00, 501; 00, 840[6]; 01, 849[32]; 02 Beil 203; 03 Beil 103; 06, 749[21]; 1911, 325[20]; Warn 1910 Nr 337; 1913 Nr 181; 1917 Nr 245). Nur wenn klar ist, daß andere Mittel als die Entfernung der störenden Anlage oder die völlige Unterlassung der Einwirkungen nicht helfen, kann sofort hierauf geklagt werden (vgl. **RG** JW 00, 640 = 02 Beil 26; 08, 682[14]). Dagegen kommt es in der Zwangsvollstreckung darauf an, ob § 887 oder § 888 ZPO anzuwenden ist und ob der Verurteilte alles, was in seinen Kräften steht, getan hat. Daher hat nunmehr der Kläger bestimmte Maßregeln anzugeben, die er zur Beseitigung der Beeinträchtigung für geeignet hält (vgl. **RG** 60, 120; JW 99, 304[11]; 03 Beil 77). Durch abhelfende Vorkehrungen während des Prozesses wird der Kläger nicht immer klaglos gestellt. Solange die nachteilige Anlage besteht und jederzeit schädlich wirken kann, ist es unerheblich, ob die Übergriffe zeitweise vermindert wurden oder aufhörten. Vielmehr muß dem Kläger ein Schutz für den Fall gewährt werden, daß die getroffenen Einrichtungen wieder beseitigt werden oder sich in der Folge doch nicht als zureichend erweisen (vgl. **RG** 36, 178; JW 98, 610[41]; 02, 70 = Beil 181; 02 Beil 203; 06, 556[25]; Warn 1917 Nr 245; Gruch 44, 869). Erst wenn beides nicht mehr in Frage kommt oder eine Rückkehr der schädigenden Einwirkungen ausgeschlossen erscheint, darf er als befriedigt gelten, so daß seine gleichwohl aufrechterhaltene Klage abzuweisen ist (**RG** JW 99, 757[38]; 1910, 654[13]; 1911, 326[21]; Warn 1912 Nr 215). Nur unter dieser Voraussetzung ist auch die Vollstreckungsgegenklage des verurteilten Störers, die Vollstreckung für unzulässig zu erklären, begründet (vgl. **RG** JW 1913, 738[8]). — Eine Einschränkung des Beseitigungsanspruchs, die aber durch einen unbedingten Anspruch auf Schadensersatz wettgemacht wird, ergibt sich aus GewO § 26. Danach darf gegenüber einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, die die benachteiligende Einwirkung ausschließen, oder, wenn solche Einrichtungen untunlich oder mit einem gehörigen Gewerbebetriebe unvereinbar sind, auf Schadloshaltung geklagt werden.

Nach EG Art 125 läßt sich diese Vorschrift landesgesetzlich auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen erstrecken. Entschädigung kann ferner in Fällen der Ausübung staatshoheitlicher Rechte oder bei behördlich genehmigten Anstalten, die im öffentlichen Interesse betrieben werden, auf Grund des Landesrechts beansprucht werden (vgl. für Preußen §§ 74, 75 Einl zum ALR). Endlich erkennt die Rechtsprechung des Reichsgerichts einen solchen Anspruch überall da schon an, wo dem Beeinträchtigten das Recht, auf Beseitigung der störenden Einwirkung und Untersagung des gefährlichen Betriebs zu klagen, durch besondere gesetzliche Bestimmungen entzogen ist. Vgl. über alles dies § 906 A 13 Abs 2. — Hiervon abgesehen ist der Störer nur nach §§ 823ff., also regelmäßig bei Verschulden, schadensersatzpflichtig (vgl. **RG** 45, 299; 58, 131; 61, 256). Die Negatoria selber richtet sich nicht auf Schadensersatz, sondern bedarf der Verbindung mit dem Anspruch aus der unerlaubten Handlung. Doch wird dies in der Praxis häufig nicht fühlbar, da ein Verschulden des Störers nichts weiter voraussetzt, als daß er die nachteiligen Folgen seines Tuns für den Eigentümer bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt voraussehen konnte (**RG** Gruch 44, 870; vgl. auch 32, 890; 38, 712; **RG** 6, 222; 32, 340; JW 94, 579[28]; 96, 84[30]). Auf guten oder bösen Glauben des Störers, Störung vor oder nach dem Prozeßbeginn, kommt es dabei nicht an; die §§ 987ff. haben für die Negatoria keine Geltung. Nur wenn er zugleich Eigenbesitzer der durch ihn beschädigten Sache ist, verhält es sich anders: nach § 992 ist er den Vorschriften über unerlaubte Handlungen nicht unterstellt, es sei denn, daß er den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch strafbare Handlung erlangt hätte. Ein Recht, den Eigentümer durch Entschädigung in Geld abzufinden, steht dem Störer nicht zu, mag auch die Beseitigung der Beeinträchtigung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich sein. Da die Beseitigungspflicht keine Schadensersatzpflicht ist, greift § 251 Abs 2, der hier auf eine Enteignung hinauslaufen würde, nicht Platz (vgl. **RG** 51, 411; Warn 1916 Nr 51 a. E.; OLG 4, 313; 36, 157; Recht 1919 Nr 427).

5. Die **Unterlassungsklage** bringt den Vorteil mit sich, daß dem verurteilten Störer nach ZPO § 890 eine Ungehorsamsstrafe angedroht und Sicherheitsleistung für künftigen Schaden auferlegt werden kann. Die sonderrechtlichen Einschränkungen des Beseitigungsanspruchs machen sich auch hier geltend (vgl. A 4; § 906 A 13 Abs 2). Vorausgesetzt ist die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen. Die bloß abstrakte Möglichkeit, daß ein schadenbringendes Ereignis sich wiederholen könne, genügt hierbei nicht (vgl. **RG** 63, 379: Gasrohrbruch; OLG 31, 329: Wasserrohrbruch; **RG** JW 1913, 543[8]; Warn 1918 Nr 55), vielmehr muß ein ernster Anlaß zur Besorgnis gegeben sein. Nicht selten wird die Wiederholungsgefahr, für die der Kläger beweispflichtig ist, aus der Sachlage von selbst hervorgehen. Maßgebend ist grundsätzlich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (vgl. **RG** JW 05, 140[10]; **RG** Recht 1911 Nr 510). Doch muß der Einwand, daß Abhilfe während des Rechtsstreits geschaffen sei, streng genommen werden (vgl. A 4). Sodann erfordert auch der Unterlassungsanspruch, wie die Negatoria im allgemeinen (vgl. A 1), daß ein Eingriff bereits vorliegt. Solange eine Beeinträchtigung noch gar nicht stattgefunden hat, kann von Besorgnis „weiterer" Beeinträchtigungen keine Rede sein (**RG** Warn 1911 Nr 330). Daß diese Voraussetzung durch ZPO § 259 (Klage auf künftige Leistung) verb. mit BGB § 241 (Unterlassung als Leistung) entbehrlich geworden sei, ist nicht zuzugeben. ZPO § 259 und BGB § 1004 sind gleichzeitig in Kraft getreten; bestände ein Widerspruch, so wäre § 1004 die lex specialis.

6. Wegfall des Anspruchs, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist. Die Verpflichtung zur Duldung kann auf Gesetz beruhen, wie namentlich in den Fällen der allgemeinen gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen (§§ 904, 905 Satz 2, 906, 912 Abs 1) und des Nachbarrechts (EG Art 124); sie kann auch ein Rechtsgeschäft zur Grundlage haben. Steht dem Störer ein subjektives Recht auf die Einwirkung zu, so kann dies dinglicher Natur (Grunddienstbarkeit usw.) oder obligatorisch sein; letzteres sowohl als Anspruch auf Bestellung eines dinglichen Rechtes (vgl. **RG** ZBlFG 5, 371) wie als Anspruch auf Duldung der Einwirkung schlechthin. Ein Vertrag, wodurch sich der Eigentümer zur Duldung verpflichtet, kommt mitunter stillschweigend zustande. So liegt ein Verzicht auf die Negatoria im Verkauf von Grundstücksteilen zur Errichtung eines Betriebs, der das Restgrundstück beeinträchtigen muß (**RG** 29, 268; **RG** SeuffA 58 Nr 142). Dabei ist zu beachten, daß dieser Verzicht nicht nur zugunsten des Käufers, sondern nach § 328 auch zugunsten seiner Rechtsnachfolger im Eigentum wirkt (**RG** 66, 126). Umgekehrt wird, wenn der Verkäufer auch das Restgrundstück veräußert, dessen Erwerber ohne eigene Übernahme der Verpflichtung durch den Verzicht nicht gebunden (**RG** 66, 128). Hat ein früherer Eigentümer, sei es auch mit der Absicht der Dauer, eine Erdaufschüttung auf dem Grundstück gestattet, so kann darum doch der spätere die Beseitigung der als solche noch erkennbaren Anlage verlangen (a. M **RG** SeuffA 36 Nr 261 und 64 Nr 111 unter 1; vgl. auch **RG** Gruch 48, 946: Grabenziehung). Das bloß persönliche Recht zur Einwirkung richtet sich regelmäßig nur

gegen denjenigen, mit welchem der obligatorische Vertrag geschlossen ist. So auch in dem Falle RG 81, 216, wo ein Gasrohrnetz in den Körper der schon von einer elektrischen Kleinbahn benutzten Landstraße eingebettet war und von Anfang an Gefahr der Beschädigung der Gasrohre durch abirrende elektrische Ströme bestand. Die Negatoria der Gasanstalt gegen die Kleinbahn mußte zwar an § 1004 Abs 2 scheitern, aber nicht deshalb, weil der Vertrag der Beklagten mit dem Eigentümer der Straße ihr der Klägerin gegenüber ein Recht auf die Einwirkungen gegeben hätte, sondern weil in dem von dieser selbst mit dem Straßeneigentümer geschlossenen Vertrage ein Verzicht auf den Einspruch gegen die Einwirkungen zu erblicken war (§§ 157, 328). Doch kommen, auch abgesehen von Beerbung und Schuldübernahme, Fälle vor, in denen das obligatorische Recht einem andern als dem, der es einräumte, entgegengesetzt werden kann. Wird die störende Einwirkung durch den Käufer eines Grundstücks gestattet, der einstweilen nur den Besitz erlangt hat, so ist der Störer dadurch gegen die Klage des Eigentümers geschützt. Was nach sinngemäßer Auslegung des § 986 Abs 1 Satz 1 gegenüber der Vindikation gilt (vgl. § 986 A 2), muß auch der Negatoria gegenüber entsprechend angewendet werden. — Nach RG JW 08, 334[17] soll auch ein öffentlich-rechtliches Störungsrecht, möge es in landespolizeilichen oder in sonstigen, aus Rücksichten des Gemeinwohls getroffenen obrigkeitlichen Anordnungen wurzeln, eine Einwendung nach § 1004 Abs 2 verleihen. Indessen ist in solchen Fällen richtiger der Rechtsweg für ausgeschlossen zu erachten. Im allgemeinen ist anerkannt, daß es für dessen Zulässigkeit nicht allein auf die Natur der Klage ankommt, sondern daß Unzulässigkeit auch dann angenommen werden muß, wenn sich die aus privatrechtlichem Grunde erhobene Klage in Wahrheit gegen eine öffentlich-rechtliche Anordnung richtet, deren Nachprüfung den Gerichten entzogen ist (vgl. RG JW 09, 252[6] mit Nachw.; Vorbem vor § 812 A 2 und wegen der Negatoria z. B. RG 44, 226; 56, 25; 75, 399; JW 00, 572[20]; 08, 245[20]; Warn 08 Nr 380; 1916 Nr 248; Gruch 60, 684; RG 6. 11. 18 V 158/18; JW 1917, 937: Bombenabwürfe einer Fliegerbeobachterschule). Beruft sich der Beklagte für seine störende Anlage auf eine polizeiliche Genehmigung, so hängt die Zulässigkeit des Rechtswegs für die Klage davon ab, ob die Genehmigung nur den Inhalt hat, daß der Ausführung der Anlage öffentliche Interessen nicht entgegenstehen (z. B. Bauerlaubnis), oder ob ihr die Bedeutung einer polizeilichen Verfügung beiwohnt, die die Anlage im öffentlichen Interesse für notwendig oder zweckmäßig erklärt. Im letzteren Falle ist der Rechtsweg ausgeschlossen (vgl. RG 59, 72; 75, 399; JW 93, 508[38]; 00, 629[19]; Warn 1910 Nr 335; 1916 Nr 57; Gruch 34, 1132; 39, 683; 53, 1077). Dagegen führt die Berufung des Beklagten auf den Gemeingebrauch keine Unzulässigkeit des Rechtswegs herbei (vgl. RG 75, 399). — Die Einwendung des Störungsrechts erscheint nach der Fassung des Gesetzes („der Anspruch ist ausgeschlossen") als Einwendung im engern Sinn. Das liegt aber nur daran, daß die Verfasser in erster Linie die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen im Auge hatten. Stellt der Beklagte der Klage ein subjektives Recht zur Störung entgegen, so muß es sich ebenso verhalten wie nach § 986 Abs 1 bei der Vindikation; die Verteidigung ist dann als Einrede zu behandeln. Über die Bedeutung des Unterschiedes vgl. § 986 A 1 a. E.

7. **Quasinegatoria.** a) Klagen nach Art der Eigentumsfreiheitsklage finden sich im BGB, außer den in A 2 erwähnten Fällen, in §§ 12, 550, 862, 1053, 1134; von andern Gesetzen vgl. HGB § 37 und UWG §§ 1, 3, 13, 14, 16. Darüber hinaus aber ist es, trotz des Schweigens der Gesetzgebung, zweifellos Rechtens, daß **alle absoluten Rechte** durch Unterlassungsklage geschützt sind. Das gilt z. B. von dem Fischereirecht (RG 75, 398; RG Recht 1917 Nr 2010), von den Wassernutzungsrechten der Flußanlieger (RG 89, 216; 90 S. 49, 60), von dem Forderungspfandrecht, auch soweit die §§ 1227, 1273 Abs 2 nicht Platz greifen (RG 14. 5. 18 VII 51/18). Vor allem wird im Immaterialgüterrecht (PatG § 4; GebrMustG § 4; MustG § 1; LitUG § 11; KunstUG § 15) die Unterlassungsklage als selbstverständliche Folge des Ausschließungsrechts behandelt (vgl. RG Gruch 50, 1158, JW 1917, 222[9]: Patentrecht; RG 45, 61: Geschmacksmuster; LZ 1915, 1676, OLG 31, 327: literarisches Urheberrecht). Ebenso ist diese Klage im Persönlichkeitsrecht nicht auf die im Gesetz genannten Fälle des bürgerlichen oder kaufmännischen Namens (§ 12, HGB § 37) beschränkt, sondern dient insbesondere zum Schutze des Warenzeichens (vgl. WZG § 12). Da auch die Befugnis, ein bestehendes gewerbliches Unternehmen ungehindert fortzuführen (der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb im Gegensatz zu der allgemeinen Freiheit, ein Gewerbe zu betreiben), vom Reichsgericht überwiegend als subjektives Recht aufgefaßt wird (vgl. u. a. RG 56, 275; 58, 29; 64 S. 55, 156; 65, 210; 73, 111; 77, 218), ergibt sich schon hieraus, daß widerrechtliche Störungen des Betriebs (d. h. Einwirkungen unmittelbar auf den Betrieb als solchen, nicht auf seinen Ertrag), wie namentlich Beunruhigungen des Inhabers durch Warnungen mit oder ohne Anmaßung gewerblicher Ausschließungsrechte, mit der Unterlassungsklage verfolgt werden können (vgl. RG 58, 29; JW 05, 174[15]; 08, 133[1]; 1915, 327[4]). In allen diesen Fällen ist die Regelung im einzelnen nach dem Vorbild der Eigentumsfreiheitsklage gestaltet. Grundsätzlich wird mithin vorausgesetzt, daß

eine irgendwelche Beeinträchtigung des Rechtes des Klägers bereits stattgefunden hat. Doch kann dies hier vielfach nicht so streng genommen werden wie bei der unmittelbaren Anwendung des § 1004. Besonders auf den Gebieten des gewerblichen Lebens und des Immaterialgüterrechts ist es Bedürfnis, daß der Berechtigte nicht abzuwarten braucht, bis grobe Eingriffe vorgenommen sind, sondern daß er jede dahin zielende Tätigkeit untersagen lassen kann, sobald ein anderer auch nur Anstalten zu solchem Zwecke trifft. Sprechen Tatsachen dafür, daß Eingriffe vorbereitet oder beabsichtigt werden, so genügen Ankündigungen in Prospekten, Katalogen und andere Veröffentlichungen; es genügt dann sogar eine Berühmung im Briefwechsel (vgl. für das Warenzeichenrecht RG 54, 414 und JW 1895, 485[33]; für das Patentrecht RG Bolze 8 Nr 148; für das Urheberrecht RG Recht 1918 Nr 144). Daher kann ferner, wenn der Gegner bisher nur in einer einzelnen bestimmten Richtung das Zeichenrecht des Klägers verletzt hat, aber anzunehmen ist, daß er in Zukunft noch anderweit eingreifen wird, ein allgemeines Verbot der Verletzung erwirkt werden (vgl. RG JW 1899, 238[43]; 00, 301[21]; 01, 659[25]). Von diesem Falle abgesehen, sind Klagantrag und Urteilsverbot konkret zu fassen und auf den begangenen Eingriff abzustellen. Ein Verbot, „das Recht des Klägers nicht zu verletzen", würde inhaltlos und daher unzulässig sein (vgl. wegen des Warenzeichens RG 42, 19; wegen des Patentes RG JW 1893, 429[21]; 04, 218[39]; RG Recht 07 Nr 1245, 1246; RG LZ 07, 907[11]). Die zweite Voraussetzung ist die Wiederholungsgefahr. Handelt es sich um ein ganz vereinzeltes Vorkommnis und sind Wiederholungen in keiner Weise zu befürchten, so ist die Klage nicht gegeben (vgl. RG JW 01, 808[20]). Für den Bereich des Wettbewerbs- und des Warenzeichengesetzes wurde dieses Erfordernis früher geleugnet (vgl. RG 78, 212) oder doch eine Umkehrung der Beweislast angenommen (vgl. RG 60, 154; Warn 1912 Nr 449). Das hat RG 96, 244 mit Recht aufgegeben. Richtig ist nur, daß der Beweis hier häufig schon in der Sache selbst liegt, indem die Tatsache, daß überhaupt ein Eingriff verübt wurde, bis zur schlüssigen Darlegung eines dauernden Fortfalls der Wiederholungsgefahr die Untersagung rechtfertigt (vgl. dafür auch RG 60, 8; 84, 147; 86, 255; 98, 267; RG Recht 07 Nr 1248; 09 Nr 585). Auch die Person des Anspruchsgegners bestimmt sich nach den oben erörterten Gesichtspunkten. Fällt der Eingriff in das Recht einer juristischen Person zur Last, so ist nicht nur diese selbst, sondern ebenso ihr gesetzlicher Vertreter passiv legitimiert (RG JW 1917, 222[9]). Nach UnlWG § 13 Abs 3 ist der Unterlassungsanspruch, wenn in einem geschäftlichen Betriebe unlauterer Wettbewerb von einem Angestellten oder Beauftragten vorgenommen wird, auch gegen den Inhaber des Betriebs begründet. Der Ort der Rechtsverfolgung ist der des Wohnsitzes oder Sitzes des Gegners (ZPO §§ 13, 17). Da das absolute Recht als solches, nicht eine durch seine Verletzung verübte unerlaubte Handlung den Grund der Klage bildet, kann diese auch dann nicht im Gerichtsstand des § 32 ZPO erhoben werden, wenn der Beklagte schuldhaft gehandelt hat (vgl. RG 24, 394; JW 1890, 109[1]). Nur wenn der Unterlassungsanspruch mit dem Anspruch auf Schadensersatz zusammen geltend gemacht wird, setzen sich RG 24, 394; JW 1915, 1023[27] (vgl. auch SeuffA 70 Nr 203) aus Zweckmäßigkeitsrücksichten über ZPO § 260 hinweg. — b) Das Reichsgericht geht in Beachtung der Verkehrsbedürfnisse noch über die absoluten Rechte hinaus, indem es grundsätzlich annimmt, daß **jeder Eingriff in ein vom Gesetze geschütztes Gut** — namentlich Ehre und Kredit kommen in Betracht —, sofern weitere Eingriffe zu befürchten sind, die Unterlassungsklage erzeugt. Vgl. Vorbem vor § 823 A 6. Auch dies läßt sich nur vom Standpunkt der Quasinegatoria aus begründen. Der anfängliche Versuch, die Klage auf dem Gedanken des Schadensersatzes und der Herstellung des früheren Zustandes (§ 249) aufzubauen (vgl. z. B. RG 48, 119; 77, 219), mußte daran scheitern, daß ein durch eine vergangene Handlung entstandener Schaden durch Unterlassung von Wiederholungen nicht ersetzt wird. Die Unterlassungsklage hat immer abwehrenden (präventiven) Charakter; sie soll künftigen Eingriffen vorbeugen. In der Hauptsache ist das Reichsgericht denn auch der Rechtsähnlichkeit der Negatoria gefolgt. Es erkennt an, daß ein Verschulden des Täters nicht notwendig ist (vgl. RG 60, 7; 61, 369; 95, 339; JW 07, 47[8]; 1915 S. 29[13], 34[18]; 1916, 739[4]; Warn 1914 Nr 17; RG SeuffA 69 Nr 105) und daß Unterlassung auch dann gefordert werden kann, wenn dem Täter bis dahin nach § 824 Abs 2 oder nach StGB § 193 der Schutz berechtigter Interessen zustatten kam (RG 60, 7; 61, 369; 78, 215; 84, 295; 95, 343; JW 07, 47[8]; Warn 1918 Nr 95). Wegen der Wesensverschiedenheit der beiden Ansprüche behandelt es den Übergang vom Unterlassungs- zum Schadensersatzanspruch als Klagänderung (RG 88, 132; RG 4. 6. 20 II 31/20). Daß in RG Recht 08 Nr 2669 der Unterlassungsanspruch der Verjährungsbestimmung des § 852 unterworfen wird, ist hiermit durchaus vereinbar, da § 852 auch in andern Fällen des objektiven Unrechts entsprechend angewendet werden muß (vgl. RG 70, 157). Dagegen bedeutet es eine Abweichung von dem Recht der Negatoria, daß das Reichsgericht das Rechtsschutzbedürfnis nicht schon mit der Wiederholungsgefahr für gegeben ansieht und den Unterlassungsanspruch wenigstens regelmäßig dann versagt, wenn die Handlung unter öffentliche Strafe gestellt ist, mag auch die Verfolgung nur auf Privatklage stattfinden (RG 77, 217; 82, 64; 88, 130;

91 S. 265, 350; 95, 339; 98, 36; JW 1919, 993[3]). Auf den lebhaft geführten Streit über die Berechtigung dieser Rechtsprechung kann hier nicht eingegangen werden. Eine weitere Abweichung tritt hervor, wenn sich der Verletzte gegen eine fortdauernde Beeinträchtigung wendet, z. B. Aufhebung von Sperr- und Boykottmaßregeln (**RG** 48, 114; 56, 286; 79, 17), Entfernung von Plakaten, Tilgung von Stellen in Druckschriften (**RG** 57, 157), Zurücknahme beleidigender Behauptungen (**RG** 60, 20; 88, 133; 97, 343; JW 1919, 993[3]; Warn 1912 Nr 449) verlangt. Alsdann hält das Reichsgericht an dem Deliktsstandpunkt fest, indem es der Klage, die es dann mit dem widerspruchsvollen Namen einer „wiederherstellenden (repressiven) Unterlassungsklage" bezeichnet, nur bei Verschulden nach Maßgabe der §§ 823ff. stattgibt (vgl. außer den angef. Urteilen noch **RG** 91, 267; JW 1913, 34[23]). Richtiger dürfte es sein, auch in solchen Fällen die Negatoria, und zwar ihren Beseitigungsanspruch (A 4) zum Muster zu nehmen, der selbständig neben dem Unterlassungsanspruch steht. Es ist ein Gebot der Gerechtigkeit, daß die fortdauernde widerrechtliche Beeinträchtigung ohne Rücksicht auf die Schuldfrage beseitigt werden muß.

§ 1005

Befindet sich eine Sache auf einem Grundstücke, das ein anderer als der Eigentümer der Sache besitzt, so steht diesem gegen den Besitzer des Grundstücks der im § 867 bestimmte Anspruch zu[1]).

E I 867 II 917; M 3 296—299; P 3 164—167.

1. Ist eine bewegliche Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines andern befindliches Grundstück gelangt, so hat der Sachbesitzer den Abholungsanspruch des § 867. Diesen Anspruch gibt § 1005 auch dem Eigentümer der Sache, ohne Rücksicht darauf, ob er Besitzer ist oder war. Von Bedeutung wird das freilich nur, wenn über das Eigentum an der Sache kein Streit herrscht. Trifft dies nicht zu und müßte zum Beweise des Eigentums auf die Vermutung des § 1006 Abs 1 zurückgegriffen werden, so wird zweckmäßiger der Anspruch aus § 867 erhoben, da gegen diesen Einwendungen aus dem Recht nicht zulässig sind. Der Kläger hat darzutun, daß sich die Sache irgendwo auf dem Grundstück befinden muß; alsdann kann er fordern, daß ihm der Grundstücksbesitzer gestattet, sie dort zu suchen und wegzuholen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn die Sache inzwischen durch den Grundstücksbesitzer oder einen Dritten in Besitz genommen wurde (vgl. § 867 Satz 1). Auch in bezug auf das Schadensersatzverlangen und das Weigerungsrecht des Grundstücksbesitzers sowie hinsichtlich der Selbsthilfe des Sacheigentümers gilt das gleiche wie nach § 867. Der Sacheigentümer kann den Abholungsanspruch und eventuell, für den Fall daß der Grundstücksbesitzer die Sache in Besitz genommen hat, die Vindikation geltend machen. Letzterem Anspruch steht die Einrede aus § 867 Satz 2, 3 nicht entgegen (SeuffA 66 Nr 31).

§ 1006

[1])Zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer der Sache sei[2]). Dies gilt jedoch nicht einem früheren Besitzer gegenüber, dem die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, es sei denn, daß es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt[3]).

Zugunsten eines früheren Besitzers wird vermutet, daß er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen sei[4]).

Im Falle eines mittelbaren Besitzes gilt die Vermutung für den mittelbaren Besitzer[5]).

E I 825 II 918; M 3 133—135; P 3 45—48, 380—383.

1. § 1006 bringt den wichtigen Rechtssatz, **daß der Besitzer einer beweglichen Sache als ihr Eigentümer vermutet wird.** Maßgebend für diese Bestimmung war in erster Linie der Gedanke des Schutzes des gegenwärtigen Besitzers, der ohne sie einem früheren Eigentümer gegenüber unterliegen müßte, falls ihm der oft schwierige Beweis seines Eigentumserwerbs nicht gelänge (Prot 3, 382). Die Hauptbedeutung der Vorschrift liegt denn auch auf dem Gebiet der Vindikation. Darüber, wie sich hier die Beweislastverteilung gestaltet, vgl. § 985 A 5. Bei der Negatoria, die freilich nicht häufig bewegliche Sachen betrifft, erleichtert die Vorschrift dem gegenwärtigen Besitzer den Angriff (vgl. § 1004 A 2). Ihre Anwendbarkeit erstreckt sich aber auch auf manche persönlichen Ansprüche. So kommt die Eigentumsvermutung dem Kläger beim Vorlegungsanspruch zustatten (§ 809); ist ferner

eine bewegliche Sache in das Eigentum des Beklagten ohne rechtlichen Grund gelangt, so kann der frühere Besitzer mit Hilfe der Eigentumsvermutung den Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums oder Ersatz des vollen Sachwerts begründen (§§ 812, 816, 818); ähnlich beim Schadensersatzanspruch wegen Entziehung, Beschädigung oder Zerstörung der Sache nach §§ 823 ff.

2. Die Vermutung des Eigentums besteht zugunsten des **Besitzers** der Sache. Mitbesitzer werden als Miteigentümer vermutet, und zwar zufolge § 741 als Miteigentümer nach Bruchteilen. Beweist einer von ihnen, daß die übrigen Fremdbesitzer oder Nichteigentümer sind, so spricht die Vermutung für sein Alleineigentum. Im Falle des § 855 ist es der Besitzherr, nicht der Besitzdiener, für den die Eigentumsvermutung bestimmt ist. Eine Besitzvermutung gibt es nicht, auch nicht für den Ehemann als Haushaltungsvorstand, wenn es sich um die in der häuslichen Gemeinschaft befindlichen, nicht zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen handelt (vgl. **RG** JW 1911, 327[23]; § 1354 A 1). — Die Vermutung gilt dem Eigenbesitzer der Sache (§ 872). Allerdings braucht der Besitzer nicht den Eigenbesitz zu beweisen, vielmehr wird er kraft einer weiteren Vermutung zunächst als Eigenbesitzer angesehen. Steht aber fest, daß er die Sache nicht als ihm gehörend besitzt, so entfällt die Eigentumsvermutung, gleichviel ob er einem andern den Besitz vermittelt (vgl. A 5) oder ob, etwa im Fall des Fundbesitzes, ein mittelbarer Besitz nicht besteht. Doch kann dem Unterbesitzer eine dem § 1006 entsprechende Vermutung zustatten kommen, dann nämlich, wenn er Nießbrauchs- oder Pfandbesitzer ist (vgl. §§ 1065, 1227). Auf die Vermutung, daß er Nießbraucher oder Pfandgläubiger sei, darf sich ein solcher Besitzer auch dem klagenden Eigentümer gegenüber berufen (a. M. OLG 10, 127). Dagegen hat, wer in Ausübung eines obligatorischen Rechtes oder eines Familien- oder Erbrechts besitzt, wie der Mieter oder Pächter, der Ehemann oder Inhaber der elterlichen Gewalt, der Testamentsvollstrecker, keine Vermutung, daß das Recht bestehe, für sich. — Die Vermutung bezieht sich nur auf bewegliche Sachen, wozu auch die scheinbaren Grundstücksbestandteile des § 95 gehören. Eine Sache, die mit einer andern als wesentlicher Bestandteil verbunden ist, kann, auch wenn sie selbständig besessen wird, wegen § 93 nicht Gegenstand der Eigentumsvermutung sein. Bewegliche Sachen im Sinne des § 1006 sind auch die Inhaberpapiere (vgl. Abs 1 Satz 2), z. B. Inhaberaktien (**RG** 63, 406), nicht aber die Legitimationspapiere (Sparkassenbücher u. dgl.), nicht die Schuldscheine und sonstigen Urkunden des § 952 (vgl. **RG** JW 1913, 30[18]; Warn 09 Nr 106; OLG 18, 193; 26, 60). In blanco indossierte Orderpapiere werden in Abs 1 Satz 2 (abweichend von § 1362 Abs 1) nicht erwähnt. Ob sie gleichwohl an sich hierhin zu rechnen wären (dagegen OLG 31, 117), ist ohne Bedeutung, da auch WO Art 74 (vgl. HGB §§ 222 Abs 3, 365 Abs 1; ScheckG § 8 Abs 2) eine Eigentumsvermutung enthält, die aber niemals durch das letzte Indossament allein, sondern nur durch die zusammenhängende Kette des Art 36 WO begründet wird; die lex specialis würde vorgehen. — Ihrem Inhalte nach ist die Vermutung des § 1006 auf das Bestehen des Eigentums abgestellt. Wie in den Fällen der §§ 891, 921, 1362, 1527, 1964, 2365 handelt es sich um Rechts-, nicht um Tatsachenvermutung im Sinne der ZPO § 292. Der Besitzer ist nicht nur vom Beweise einer den Erwerb des Eigentums begründenden Tatsache befreit, er braucht eine solche auch gar nicht zu behaupten (**RG** JW 1910, 390[9]; **RG** Recht 1916 Nr 1303). Auch dann greift die Vermutung Platz, wenn er sich im Eventualverhältnis auf zwei verschiedene Erwerbsgründe beruft (**RG** 55, 52). Sobald der Besitz des Beklagten feststeht, hat das Gericht das Eigentum so lange anzunehmen, bis sich aus den vom Kläger zu behauptenden und zu beweisenden Tatsachen die Unrichtigkeit der Schlußfolgerung ergibt. Über die praktische Abmilderung dieses Satzes bei der Vindikation vgl. § 985 A 5. — Die Vermutung gilt nur zugunsten des Besitzers, nicht, wie es nach § 891 der Fall ist, auch gegen ihn. Die Geltendmachung eines Anspruchs, der gegen den Fahrniseigentümer als solchen gerichtet werden muß, wird durch den Besitz des Beklagten nicht erleichtert. Doch kann sich auf die Vermutung außer dem Besitzer selber auch jeder andere berufen, der Rechte von ihm herleitet. So derjenige, dem der Bestohlene das Eigentum durch Einigung nach § 931 verschafft hat; ferner der Gläubiger, der Sachen bei seinem Schuldner pfänden läßt, auch wenn sie nicht im Gewahrsam des Schuldners bleiben (vgl. SeuffA 57 Nr 225; a. M. OLG 9, 119). — Im ehelichen Güterrecht tritt § 1006 hinter § 1362 (praesumtio Muciana) zurück. Soweit es sich um das Verhältnis zu den Gläubigern des Mannes handelt und nicht Sachen in Frage stehen, die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Ehefrau bestimmt sind, begründet weder der jetzige noch der voreheliche Besitz oder Mitbesitz der Frau die Vermutung, daß sie Eigentümerin sei, vielmehr muß sie ihren Erwerb beweisen (**RG** Gruch 51, 1005; a. M. OLG 12, 129; vgl. § 1362 A 2). Der § 1006 greift nur Platz, wenn entweder darüber gestritten wird, ob das Eigentum einem Ehegatten oder einem Dritten zusteht, oder wenn zwischen den Gatten selber Streit über das Eigentum herrscht (vgl. für letzteren Fall **RG** 84, 49). Auf der andern Seite ist bei den persönlichen Gebrauchssachen der Frau die Kraft der Eigentumsvermutung dem Besitz oder Mitbesitz des Ehemanns

entzogen, und zwar hier sowohl im Verhältnis der Ehegatten zueinander wie zu den Gläubigern.

3. Der Grund für die Ausnahme bei **abhanden gekommenen Sachen** ist der, daß hier der Besitzer auf dem im Leben häufigsten Wege der Übertragung Eigentum nicht erworben haben kann (vgl. § 935 Abs 1). Die Ausnahme tritt nur ein, wenn die Sache dem Kläger, nicht wenn sie einem andern abhanden gekommen ist. Über den Begriff des Abhandenkommens vgl. § 935 A 4. Dagegen gilt die Regel des Satz 1 uneingeschränkt für Geld und Inhaberpapiere, denn für sie läßt § 935 Abs 2, auch wenn sie abhanden gekommen sind, die Eigentumsübertragung an den gutgläubigen Erwerber zu. — Daß eine Sache in öffentlicher Versteigerung erworben wurde, muß, da man es ihr nicht ansehen kann, bewiesen werden. Stützt sich der Kläger auf Abhandenkommen und beweist der Beklagte, daß er sie hinterher in der Versteigerung erwarb, so ist die nach Abs 1 Satz 2, Abs 2 für das Eigentum des Klägers sprechende Vermutung widerlegt.

4. Für die **Eigentumsvermutung zugunsten des früheren Besitzers** nach Abs 2 gilt alles in A 2 und 3 Bemerkte. Trotz der irreführenden Fassung des Gesetzes greift auch bei ihr die Ausnahme von der Vermutung Platz, die Abs 1 Satz 2 für abhanden gekommene Sachen vorschreibt. Die Wirkung der zugunsten des früheren Besitzers bestehenden Vermutung zeigt sich bei der Vindikation nach Widerlegung der Vermutung zugunsten des gegenwärtigen Besitzers (vgl. § 985 A 5). Nicht minder nützt die Vermutung demjenigen, der auf Grund früheren Eigentums Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche erhebt (vgl. RG 83, 393; SeuffA 73 Nr 121). Sie nützt aber auch dem Beklagten im Vindikationsprozeß, wenn dieser die in Streit befangene Sache veräußert hat (vgl. RG JW 1910, 390[9]). Auch der Veräußerer, gegen den der Erwerber wegen Entwährung Rückgriff nimmt, kann sich mit der Vermutung verteidigen.

5. Im Fall eines mittelbaren Besitzes kommen beide Vermutungen, die des Abs 1 wie die des Abs 2, **dem mittelbaren Besitzer** zustatten, und zwar diesem sowohl Dritten gegenüber (vgl. RG 83, 393) wie gegenüber dem unmittelbaren Besitzer. Letzterer kann als Fremdbesitzer keine Eigentumsvermutung, sondern höchstens (§§ 1065, 1227) die Vermutung, daß er Nießbraucher oder Pfandgläubiger sei, für sich geltend machen (vgl. A 1). Daran wird auch durch die Widerlegung der Vermutung, die für den mittelbaren Besitzer gilt, nichts geändert. Natürlich steht aber auch dem mittelbaren Besitzer der § 1006 dann nicht zur Seite, wenn er seinerseits einem noch entfernteren Besitzer den Besitz vermittelt. Doch darf sich ein Besitzmittler Dritten gegenüber darauf berufen, daß der höchststufige mittelbare Besitzer, von dem er seine Rechtsstellung ableitet, als Eigentümer vermutet wird (vgl. A 2).

§ 1007

[1])Wer eine bewegliche Sache im Besitze gehabt hat, kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn dieser bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war[2]).

Ist die Sache dem früheren Besitzer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen, so kann er die Herausgabe auch von einem gutgläubigen Besitzer verlangen, es sei denn, daß dieser Eigentümer der Sache ist oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war. Auf Geld und Inhaberpapiere findet diese Vorschrift keine Anwendung[3]).

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder wenn er den Besitz aufgegeben hat[4]). Im übrigen finden die Vorschriften der §§ 986 bis 1003 entsprechende Anwendung[5])[6]).

E I 945 II 919; M 3 429—433; P 3 383.

1. Der § 1007 über den **Anspruch wegen verlorener Fahrnis** reiht sich nur äußerlich den Ansprüchen aus dem Eigentum an. Die Vorschrift ist so schwierig gefaßt, daß der Gedanke des Gesetzes nicht deutlich zum Ausdruck kommt. Irreführend ist, daß das wesentlichste Moment, der unfreiwillige Besitzverlust, nicht im ersten Satze erscheint, sondern erst in Abs 2 und 3 nachgebracht wird. Sodann bedarf der Aufhellung das Verhältnis zwischen der „Aufgabe des Besitzes" (Abs 3 Satz 1) und dem aus § 935 Abs 1 bekannten „Abhandenkommen der Sache" (Abs 2 Satz 1). Richtiger Ansicht nach bildet die Besitzaufgabe den kontradiktorischen Gegensatz zum unfreiwilligen Besitzverlust, welch letzterer Begriff sich zwar

in der Regel, nicht aber immer mit dem des Abhandenkommens deckt. Ein Auseinanderfallen findet statt im Fall des mittelbaren Besitzes, wenn der Besitzmittler die Sache veruntreut: hier ist sie dem mittelbaren Besitzer zwar nicht abhanden gekommen (RG 54, 68; § 935 A 4), aber gleichwohl hat er den Besitz nicht aufgegeben, vielmehr ohne seinen Willen verloren. Dazu kommt das Fassungsversehen, daß sich die Verneinung des Anspruchs bei Aufgabe des Besitzes in dem auf beide vorhergehenden Absätze bezüglichen Abs 3 findet, während sie für den Fall des Abs 2, wo der Kläger Abhandenkommen dartun muß, selbstverständlich ist. Ein weiteres Fassungsversehen enthalten die Worte „es sei denn, daß dieser Eigentümer ist" in Abs 2 Satz 1, die gestrichen werden müssen (vgl. A 3). Beseitigt man diese Mängel und behält man die Beweislastregelung bei, so würde der Paragraph etwa lauten: „Der frühere Besitzer einer beweglichen Sache kann von demjenigen, der den Besitz in bösem Glauben erworben hat, die Herausgabe verlangen, sofern er nicht den Besitz aufgegeben hat. Handelt es sich nicht um Geld oder Inhaberpapiere und ist ihm die Sache abhanden gekommen (hat weder er selbst noch sein etwaiger Besitzmittler den Besitz aufgegeben), so kann er sie auch von einem gutgläubigen Besitzer herausverlangen, es sei denn, daß sie diesem vor seiner eigenen Besitzzeit abhanden gekommen war. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer beim Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war. Die Vorschriften der §§ 986—1003 finden entsprechende Anwendung." — Allgemein gilt, daß eine bewegliche Sache vorliegen und der Kläger ihr früherer Besitzer gewesen sein muß, sei es Eigenbesitzer oder Fremdbesitzer (Nießbraucher, Pfandgläubiger, Mieter, Verwahrer), sei es unmittelbarer Besitzer oder mittelbarer, Sach- oder Teilbesitzer (§ 865), Allein- oder Mitbesitzer, nicht aber ein bloßer Besitzdiener (§ 855). Der mittelbare Besitzer hat regelmäßig die Herausgabe an seinen Besitzmittler zu fordern, die Herausgabe an sich selbst nur dann, wenn jener den unmittelbaren Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann (arg. § 869 Satz 2). Ein früherer Mitbesitzer kann gegen den besitzenden ehemaligen Genossen klagen. Erhebt er gegen einen Dritten den Anspruch auf Herausgabe der ganzen Sache, so verlangt er arg. §§ 1011, 432 Herausgabe an alle Mitbesitzer oder Hinterlegung für alle. Der Kläger muß ferner gutgläubig sein, d. h. den Besitz in gutem Glauben erworben haben. Nur auf den Augenblick des Besitzerwerbs kommt es an; mala fides superveniens non nocet. Bei demjenigen, der den Anspruch ererbt hat, entscheidet, wie bei einem Zessionar, die Person des Rechtsvorgängers. Seinem Inhalt nach ist guter Glaube die nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende irrige Annahme, zu dem ausgeübten Besitze berechtigt zu sein (vgl. § 990 A 2). Abweichend von § 932 Abs 2 kann also auch ein Irrtum über die Geschäftsunfähigkeit des Veräußerers oder die Nichtdereliktion der gefundenen Sache genügen. Hat der Kläger den Besitz unter grobfahrlässiger Verkennung der Rechtslage erworben, so dringt er auch gegen einen bewußt unredlichen Beklagten nicht durch. Seine Gutgläubigkeit wird aber vermutet; Aufgabe des Gegners ist es, das Gegenteil darzutun, sofern sich nicht die Bösgläubigkeit aus dem eigenen Vortrage des Klägers ergibt (Abs 3 Satz 1). Dagegen wäre die Einwendung, der Kläger habe kein Recht, zu besitzen, in dieser Allgemeinheit unerheblich, denn der Anspruch stützt sich auf den früheren Besitz, nicht auf ein Recht zum Besitz. Anders die Einrede, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber besitzberechtigt sei; vgl. darüber A 5. Auch der Beklagte kann Fremdbesitzer, Teilbesitzer, Mitbesitzer, mittelbarer Besitzer sein. Es gelten dafür dieselben Regeln wie bei der Eigentumsklage (vgl. § 985 A 2), namentlich auch, was die Verpflichtung des mittelbaren Besitzers betrifft (vgl. § 985 A 3). — Im übrigen ist zu unterscheiden zwischen dem Anspruch gegen den bösgläubigen Erwerber (Abs 1; vgl. A 2) und dem Anspruch wegen Abhandenkommens der Sache (Abs 2; vgl. A 3).

2. **Anspruch gegen den bösgläubigen Erwerber.** Bei gewissen, besonders kurrenten Sachen (vgl. A 3) ist dies die einzige Möglichkeit. Der Kläger muß beweisen, daß der Beklagte beim Erwerbe des Besitzes bösgläubig war, d. h. seine Nichtberechtigung zu dem von ihm ausgeübten Besitze kannte oder nur aus grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Das trifft nicht selten zu, auch wenn der Beklagte von dem Recht des Klägers oder überhaupt von dessen Person nichts wissen konnte. Nachträgliche Entstehung des bösen Glaubens ist auch hier unerheblich. Dem Beklagten steht, von der in A 1 erörterten Einwendung der eigenen Bösgläubigkeit des Klägers abgesehen, die Einwendung zu, der Kläger habe den Besitz freiwillig aufgegeben (Abs 3 Satz 1). Darin, daß dies Einwendungssache ist, liegt praktisch genommen der Hauptvorzug dieser Anspruchsart: kann der Kläger bösgläubigen Besitzerwerb auf seiten des Beklagten nachweisen, so braucht er nicht darzutun, wodurch bei ihm selbst der Besitz ein Ende nahm. Natürlich ist es keine Aufgabe des Besitzes, wenn sich der bisherige unmittelbare Besitzer, z. B. durch Vermietung der Sache, zum mittelbaren macht. Ein Kind und ein Geisteskranker können den Besitz nicht wirksam aufgeben, desgleichen nicht ein Besitzdiener des Klägers; in beiden Fällen liegt sogar Abhandenkommen vor (§ 935 A 4). Darüber, daß auch ein Besitzmittler den Besitz nicht mit Wirkung gegen den mittelbaren Besitzer aufgeben kann, vgl. A 1. — Außerdem hat der Beklagte zufolge Abs 3 die Einwen-

dungen, die er einer Eigentumsklage entgegenhalten könnte, namentlich nach § 986 die, daß er dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt sei (vgl. A 5).

3. Anspruch wegen Abhandenkommens der Sache. Über den Begriff vgl. § 935 A 4 und oben A 1, 2. Beweist der Kläger, daß ihm die Sache abhanden kam, so kommt es auf Gut- oder Bösgläubigkeit des Beklagten nicht an. Der Anspruch geht gegen den Besitzer als solchen. Für den Prozeß hat das die Folge, daß hier (anders im Falle des Abs 1) der Beklagte, wenn er Besitzmittler ist, nach ZPO § 76 den mittelbaren Besitzer als Urheber benennen kann. Doch greift diese zweite Anspruchsform bei Geld und Inhaberpapieren nicht Platz, denn nach § 935 Abs 2 (vgl. §§ 1032 1207) wird der gutgläubige Erwerber solcher Sachen auch dann Eigentümer bzw. Nießbraucher oder Pfandgläubiger, wenn sie abhanden gekommen sind. Auch bei blankoindossierten Orderpapieren ist gemäß der Sondernorm der WO Art 74 (HGB §§ 222 Abs 3, 365 Abs 1; ScheckG § 8 Abs 2) für eine Klage gegen den gutgläubigen legitimierten Inhaber kein Raum. — Der Beklagte kann sich damit verteidigen, daß der Kläger beim Besitzerwerb bösgläubig gewesen sei (Abs 3 Satz 1; vgl. A 1), oder daß er, der Beklagte, dem Kläger gegenüber ein Recht auf den Besitz habe (Abs 3 Satz 2; § 986; vgl. A 5). Die in Abs 3 Satz 1 ebenfalls allgemein gegebene Einwendung der Aufgabe des Besitzes stellt sich hier nur als ein Bestreiten des Klaggrundes dar (vgl. A 1). Außerdem erwähnt Abs 2 noch zwei besondere Verteidigungsbehelfe: a) Die Einwendung des Eigentums. Damit ist dem Gesetz indes ein Redaktionsversehen untergelaufen. Einerseits gestattet Abs 3 Satz 1, verbunden mit § 986, auch dem bösgläubigen Beklagten, sich auf Eigentum zu berufen, so daß diese Möglichkeit auch für den Fall des Abs 1 besteht. Anderseits ist kein Grund ersichtlich, warum die Berufung auf das Eigentum im Falle des Abs 2 anders behandelt werden sollte wie nach Abs 1. Wenn Abs 2 durch die Worte „es sei denn, daß" die Verteidigung als Einwendung im engeren Sinne (Anspruchsverneinung) kennzeichnet und wenn es den Anschein gewinnt, als ob das Eigentum immer und gegen jeden Kläger durchschlagen müßte, so kann dem nicht gefolgt werden. Vielmehr liegt beidemale nur eine Einrede vor (vgl. § 986 A 1), die auch nur dann wirkt, wenn das Eigentum den Beklagten gerade diesem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt. b) Die Einwendung älteren Abhandenkommens. Ist die Sache auch dem Beklagten, und zwar vor der Besitzzeit des Klägers, abhanden gekommen, so könnte er nach Abs 2 dem Kläger, wenn dieser den Besitz von einem Dritten wiedererlangt hätte, die Sache abfordern. Es ist daher nur folgerecht, wenn er gegenüber dem Herausgabeanspruch des Klägers im Besitze belassen wird. Die gleiche Erwägung führt aber auch dazu, dem Kläger gegen die Einwendung diejenigen Schutzbehelfe zu geben, die er, wenn verklagt, verteidigungsweise geltend machen dürfte, also die Replik, daß der Beklagte seinen früheren Besitz bösgläubig erworben habe, und die Replik, er, der Kläger, sei dem Beklagten gegenüber zum Besitze berechtigt. Eine Klagänderung ist in solchem Vorbringen nicht zu erblicken. Das Besitzrecht des Klägers kann vor oder nach dem ersten Abhandenkommen der Sache erwachsen sein, letzteres z. B. durch Ersitzung oder dadurch, daß der Kläger die Sache in öffentlicher Versteigerung erstand (§ 935 Abs 2). Dem Falle, daß die Sache dem Beklagten selbst abhanden kam, steht es gleich, wenn sie einem Rechtsvorgänger des Beklagten abhanden gekommen ist.

4. Über die Einwendung der Bösgläubigkeit des Klägers vgl. A 1; über die Einwendung, der Kläger habe den Besitz aufgegeben, vgl. A 1 und 2.

5. Anwendung der Vindikationsgrundsätze. a) Die Hauptsache ist die entsprechende Anwendbarkeit des § 986: der Beklagte hat eine Einrede gegen den Herausgabeanspruch, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Auch wer den Besitz bösgläubig erworben hat, war vielleicht schon früher berechtigt oder hat später, z. B. durch Beerbung, ein Recht zum Besitze erlangt. Das Recht kann dinglicher oder obligatorischer Natur sein; auch ein Recht gegen den Rechtsvorgänger des Klägers genügt, sofern die Klage auf einen durch Abtretung des Herausgabeanspruchs erworbenen mittelbaren Besitz gegründet wird (vgl. § 986 Abs 2). Nötig ist aber immer, daß das Besitzrecht gerade dem Kläger gegenüber durchgreift, und dabei muß beachtet werden, daß nicht nur Eigentum des Klägers, sondern auch dingliche Rechte desselben, die das Eigentum beschränken, und schuldrechtliche Ansprüche auf den Besitz durch die Klage geschützt werden sollen. Daher kann der Eigentumsbeweis des Beklagten unter Umständen unzureichend sein, z. B. wenn sich aus der Klagbegründung ergibt, daß der Kläger Pfandrecht erworben oder die Sache vom Beklagten oder dessen Erblasser gemietet hatte; in solchem Falle muß der Beklagte weiterhin die Beendigung des Pfandrechts oder der Miete beweisen. Doch ist es, falls der Beklagte sich petitorisch verteidigt, Aufgabe des Klägers, mit bestimmten Behauptungen herauszurücken. Solange aus seinem Vorbringen nichts weiter hervorgeht, als daß er die Sache früher besaß oder daß sie ihm abhanden gekommen ist, braucht der Beklagte nur ein dingliches oder ein gegen den Kläger gerichtetes obligatorisches Besitzrecht zu beweisen, um der Klage den Boden zu entziehen. b) Die Vorschriften über die Erstattung von

Nutzungen und Schäden (§§ 987—993) sowie über die Gegenrechte des Beklagten wegen Verwendungen auf die Sache (§§ 994—1003). Ob der Kläger die Herausgabe von Nutzungen verlangen kann, wird stets von der Gestaltung der petitorischen Einwendungen und Gegeneinwendungen abhängen, und danach bestimmt sich auch der Umfang des Verwendungsersatzes. Als Schadensersatz ist, sofern nicht die Gegeneinwendungen ein Recht des Klägers herausstellen, nur sein Besitzinteresse zu vergüten. Das Selbstbefriedigungsrecht des § 1003 läßt sich allenfalls ausüben, ohne daß der Kläger Eigentümer sein muß, vorausgesetzt aber, daß der Beklagte das Nichteigentum nicht gekannt hat (arg. § 1248).

6. **Verhältnis des Anspruchs wegen verlorener Fahrnis zu andern Ansprüchen.** a) Der Anspruch aus § 1007 kann sowohl mit dem Anspruch aus dem dinglichen oder persönlichen Recht auf den Besitz, insbesondere mit dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe, wie auch mit dem Anspruch aus verbotener Eigenmacht (§ 861) konkurrieren. Doch braucht weder die eine noch die andere Konkurrenz mit Notwendigkeit zu bestehen. Für das Verhältnis zum Anspruch aus dem Besitzrecht kommt in Betracht, daß in Fällen, in denen jemand zwar das Recht an der Sache oder auf die Sache, nicht aber früheren Besitz erworben hat, § 1007 versagt (vgl. wegen des Eigentums z. B. §§ 926, 953, 984), während umgekehrt § 1007 das einzige Hilfsmittel ist, wenn nur gutgläubiger früherer Besitz, kein Recht zum Besitz vorliegt, oder wenn das Recht wegen seiner schuldrechtlichen Natur gegen den gegenwärtigen Besitzer nicht wirkt. Anlangend das Verhältnis zu § 861, so ist es einerseits möglich, daß der Kläger beim Besitzerwerbe bösgläubig war, gleichwohl aber verbotene Eigenmacht gegen ihn begangen wurde (hier nur § 861); anderseits braucht der Beklagte, auch bei unfreiwilligem Besitzverlust des Klägers, nicht fehlerhafter Besitzer zu sein (hier nur § 1007). b) Die verschiedenen Ansprüche können einzeln oder in Verbindung miteinander geltend gemacht werden. Werden sie einzeln geltend gemacht, so wirkt die Entscheidung über den einen Anspruch grundsätzlich keine Rechtskraft für die andern. Dies gilt auch für den Fall, daß die Klage aus § 1007 wegen einer petitorischen Einwendung des Beklagten abgewiesen wird. Da die Entscheidung über Einwendungen nicht in Rechtskraft übergeht (ZPO § 322 Abs 1), steht einer späteren Klage aus dem Recht nichts entgegen. Anders wenn der Kläger gegenüber einer petitorischen Verteidigung mit der Berufung auf ein angebliches Recht repliziert hat (vgl. A 3 unter b) und dieses Recht aberkannt worden ist.

Fünfter Titel

Miteigentum

§ 1008

Steht das Eigentum an einer Sache mehreren nach Bruchteilen zu, so gelten die Vorschriften der §§ 1009 bis 1011[1]).

E I 946 II 920; M 3 433, 437; P 3 274.

1. Das **Miteigentum** ist eine Unterart der Gemeinschaft nach Bruchteilen; vgl. daher §§ 741 ff., insbesondere auch § 741 A 1—4. Das Recht des einzelnen Miteigentümers ist nicht etwa ein neben das Eigentum sich stellendes und dieses belastendes Bruchteilsrecht, sondern es ist Eigentum (**RG** 52, 100; 69, 40; JW 1910, 473). Das Anteilsrecht des Miteigentümers einer Sache ist Sacheigentum, auf das die allgemeinen für das Alleineigentum geltenden Regeln unbeschadet der Vorschriften §§ 1008 ff. Anwendung finden können (**RG** 56, 100; 69, 36; JW 08, 482[16]; Warn 1910 Nr 192; vgl. insbesondere §§ 925, 929). Die Entstehung gemeinschaftlichen Eigentums beruht auf Gesetz (Grenzeinrichtung § 921; Baum auf Grenze § 923; Verbindung, Vermischung, Vermengung, §§ 947 ff.; Schatz § 984) oder Rechtsgeschäft (gemeinschaftlicher Erwerb durch Eheleute). Gemeinschaftlicher Erwerb zu gesamter Hand an Stelle des Miteigentums nur durch Vereinbarung der Rechtsverhältnisse möglich, bei denen Gesamthand gesetzlich vorgeschrieben; sonst unzulässig. Jeder Miteigentümer kann über seinen Anteil verfügen (§ 747; **RG** 56, 100; JW 1910, 473). Bei Grundstücken Auflassung und Eintragung der Veränderung der Anteile erforderlich. Auch eine Änderung der Bruchteile der Miteigentümer untereinander macht bei Grundstücken die Auflassung erforderlich. Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, Bruchteilseigentum an einem Grundstück zu übertragen, fällt unter § 313. Über die Form der Eintragung im Grundbuche s. § 48 GBO. Über den Eigentumserwerb durch Aufgebot oder Aneignung vgl. §§ 927, 928, 958, 959; über Belastung der Anteile durch eine Briefhypothek **RG** 52, 360 (sämtliche Miteigentümer müssen den Brief übergeben). Die Belastung des Bruchteils eines Grundstücks mit einem Erbbaurechte, einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist nicht möglich (§§ 1012, 1018, 1090). Aus der Selb-

ständigkeit des Anteils (§ 747 Satz 1) folgt, daß eine Hypothek, Grundschuld oder sonstiges dingliches Recht jeden Anteil auch dann selbständig belastet, wenn das Recht auf Grund gemeinschaftlicher Verfügung der Miteigentümer auf das ganze Grundstück eingetragen wird (**RG** 16. 3. 10 V 240/09). Freilich entsteht keine Gesamthypothek an mehreren Grundstücken (§ 1132), sondern eine Einzelhypothek an einem Grundstück. Aber jeder Anteil haftet für das ganze Recht (**RG** JW 1910, 473[12]). Die Zwangsvollstreckung in den Bruchteil eines Grundstücks muß nach Maßgabe der §§ 864, 866 ZPO erfolgen; die Pfändung des Anteils (vgl. § 751 A 2, § 747 A 1) ist hier nicht zulässig. Diese Zwangsvollstreckung kann zur Zwangsversteigerung des Grundstücksanteils führen, aber nicht zur Teilungsversteigerung (§ 753 A 2). Die Teilung kann indessen durchgesetzt werden auf Grund der Pfändung des persönlichen Anspruchs des Miteigentümers auf Aufhebung der Gemeinschaft (§ 749). Hat der Gläubiger diesen Anspruch seines Schuldners (Miteigentümers) pfänden und sich überweisen lassen, so kann er gemäß § 181 ZVG „das Recht des Eigentümers auf Aufhebung der Gemeinschaft ausüben" (vgl. § 751 A 2 g. E.). Ein gesetzliches Vorkaufsrecht der Miteigentümer untereinander besteht nicht. — Ein Ober- und Untereigentümer ist dem BGB nicht bekannt, für das Landesrecht jedoch aufrecht erhalten (EG Art 59; vgl. **RG** 47, 244). Miteigentum an Grenzmauern kann seit 1. Januar 1900 nicht mehr entstehen (**RG** 52, 307). — Konkurs eines Miteigentümers KO §§ 16, 51.

§ 1009

Die gemeinschaftliche Sache kann auch zugunsten eines Miteigentümers belastet werden[1]).

Die Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks sowie die Belastung eines anderen Grundstücks zugunsten der jeweiligen Eigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das andere Grundstück einem Miteigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört[2]) [3]).

E I 947 II 921; M 3 438; P 3 275.

1. **Belastung der gemeinschaftlichen Sache zugunsten eines Miteigentümers.** Die ganze gemeinschaftliche Sache (Grundstück oder bewegliche Sache) wird belastet. Der Miteigentümer ist also zugleich Berechtigter und Verpflichteter. Die Belastung widerstritte an sich dem Grundsatze, daß in Ermanglung besonderer Gestattung niemand im eigenen Namen mit sich selbst ebenfalls im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft vornehmen kann (vgl. § 181). Jene Gestattung enthält nun § 1009; sie hat darin ihren Grund, daß der Eigentümer nicht bloß mit sich selbst, sondern zugleich auch mit den anderen Miteigentümern das Geschäft abschließt (**RG** 47, 209). Da der das Recht erwerbende Miteigentümer zugleich auf der andern Seite mit den übrigen Miteigentümern als verfügender Teil auftritt (§ 747 Satz 2), so muß er zur Verfügung befugt sein und diese in gehöriger Form (vgl. namentlich GBO § 29 Satz 1) vornehmen. Die verfügende Erklärung braucht aber nicht ausdrücklich zu erfolgen; so wird regelmäßig in der auf den Rechtserwerb gerichteten Erklärung des Miteigentümers gegenüber den anderen Teilhabern seine Einwilligung (§ 185) in deren verfügende Erklärung stillschweigend enthalten sein. Das BGB hält überdies das begrenzte dingliche Recht des Eigentümers an seiner eigenen Sache für rechtlich möglich (§§ 889, 1063, 1163 u. a.). Aus der Vorschrift des Abs 1 ergibt sich, daß auf die zugunsten eines Miteigentümers an dem gemeinschaftlichen Grundstücke bestellte Hypothek die §§ 1177, 1197 keine Anwendung finden (SeuffA 58 Nr 214). Ebensowenig §§ 1063, 1256, wenn Nießbraucher und Pfandgläubiger Miteigentümer der belasteten Sache wird. Der Miteigentümer einer Sache braucht sich nicht gefallen zu lassen, daß der Gläubiger eines andern Miteigentümers die ganze Sache pfändet (**RG** 13, 180). Der Gläubiger kann nur das Anteilsrecht des Miteigentümers pfänden (**RG** 4. 5. 06 VII 407/05).

2. **Die Belastung zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks** betrifft Grunddienstbarkeiten (§ 1018), Vorkaufsrechte und Reallasten (§§ 1094 Abs 2, 1105 Abs 2). Für gemeinschaftliche Wege, Brunnen, Hauszwischenräume, Durchgänge, Durchfahrten besteht hiernach die Möglichkeit, durch gegenseitige Bestellung von Grunddienstbarkeiten die Benutzung zu sichern (vgl. auch § 751 A 1).

3. Die Vorschrift des § 1009 trifft nicht unmittelbar den Fall, daß nachträglich die Doppelstellung als Berechtigter (oder Belasteter) und zugleich als Miteigentümer in einer Person zusammentrifft. Der der Vorschrift zugrunde liegende Gedanke steht aber dem Erlöschen des Rechtes durch **Vereinigung** entgegen. Diese tritt weder ein bei Rechten an einem

Grundstück (vgl. § 889), noch bei Rechten an beweglichen Sachen; soweit etwa aus den Vorschriften der §§ 1063 u. 1256 an sich im Einzelfalle ein anderes hergeleitet werden könnte, wird ihre Wirkung durch § 1009 eingeschränkt. — Auf das Eigentum zu gesamter Hand bezieht sich die Vorschrift unmittelbar nicht, entsprechende Anwendung ist aber zulässig (OLG 15, 410).

§ 1010

Haben die Miteigentümer eines Grundstücks die Verwaltung und Benutzung geregelt oder das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt, so wirkt die getroffene Bestimmung gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist[1]).

Die in den §§ 755, 756 bestimmten Ansprüche können gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur geltend gemacht werden, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind[2]).

E I 949 II 922; M 3 439; P 3 276—279.

1. **Eintragung von Verwaltungsregelung oder Teilungsausschluß als Anteilsbelastung im Grundbuche.** Es handelt sich um eine besondere Art der Belastung der Anteile, die nach den Grundsätzen der §§ 873ff. erfolgt. § 1010 schränkt die dingliche Wirkung der nach §§ 745, 749 (vgl. §§ 746, 751) getroffenen Bestimmungen für Grundstücke durch die Vorschrift ein, daß die Bestimmung als Belastung des durch den Sondernachfolger erworbenen Anteils — oder des ganzen Grundstücks — im Grundbuche eingetragen werden muß. Es handelt sich nach der herrschenden Meinung um eine besondere Art der „Belastung“, wie das Gesetz selbst sagt. Die nicht eingetragene Vereinbarung wirkt für sich auch nicht gegen die Sondernachfolger, welche sie kennen; § 892 Abs 1 Satz 2, der von einer Verfügungsbeschränkung handelt, findet keine Anwendung. Die Belastung greift selbstverständlich nicht weiter, als die gesetzliche Wirksamkeit der getroffenen Bestimmung reicht; diese Wirksamkeit wird eingeschränkt in §§ 749 Abs 2, 3, 750, 751 Satz 2 (vgl. § 16 Abs 2 KO). — Über die Eintragung der Belastung und ihre Aufhebung vgl. §§ 873ff., GBO §§ 19ff. Eintragungsfähig ist z. B. die Vereinbarung zweier Miteigentümer eines Grundstücks, daß einer von ihnen die Aufhebung der Gemeinschaft durch Zwangsversteigerung nur verlangen könne, wenn das Meistgebot eine bestimmte Höhe erreiche (KGJ 33 A 224). Auf Grund des § 1010 Abs 1 kann eine moderne Art des **Stockwerkseigentums** begründet werden (Miteigentum nach Bruchteilen, gegenseitige Einräumung eines nach Stockwerken geteilten Benutzungsrechts, Ausschluß der Teilung). Vgl. EG Art 131, 128, 182.

2. Vgl. die A bei §§ 755, 756. Was die **Eintragung im Grundbuch nach Abs 2** anlangt, so ist unter den sehr verschiedenen Ansichten (vgl. u. a. Turnau-Förster A III; Planck A 2) der Meinung von Achilles-Strecker (GBO, Einleitung S. 18—20) zuzustimmen, nach welcher auch hier eine eigentümliche Art der Belastung angenommen werden muß. Ihr Inhalt besteht darin, daß zugunsten des berechtigten Miteigentümers die Miteigentümer der übrigen Anteile als solche die auf die §§ 755, 756 gegründeten, näher zu bezeichnenden Verpflichtungen haben. Bei beweglichen Sachen wirkt der Anspruch gemäß § 755 Abs 2, § 756 Satz 2 an sich gegen die Sondernachfolger.

§ 1011

Jeder Miteigentümer kann die Ansprüche aus dem Eigentume Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Sache geltend machen[1]), den Anspruch auf Herausgabe jedoch nur in Gemäßheit des § 432[2])[3]).

E I 951 II 923; M 3 443; P 3 281.

1. Die **Ansprüche aus dem Eigentum** sind teils dinglich (§§ 894, 985ff., 1004, 1005, 1007, 1027), teils persönlich (§§ 987, 989, 990, 823ff.); über den Besitzschutz s. §§ 859, 861, 862, 866, 867; vgl. auch RG 69, 40. Es versteht sich von selbst, daß der Miteigentümer die Ansprüche aus dem Eigentum in Ansehung seines Bruchteils gegen jedermann geltend machen kann. Gegen die übrigen Miteigentümer muß er sich auf die Geltendmachung dieses Teilrechts beschränken; den Besitzschutz genießt er gegen diese in den Schranken des § 866; auch aus § 1004. Über persönliche Ansprüche gegen die Teilhaber vgl. auch §§ 743, 744, 745 Abs 2, 748. **Dritten gegenüber** verleiht das Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Miteigentümer die Macht, die Ansprüche **aus dem ganzen Eigentum** geltend zu machen. Er hat insoweit im Interesse der Gemeinschaft eine eigentümliche Art gesetzlicher Vertretungs-

macht für die untätigen Teilhaber. Daraus ist zu folgern, daß er auch deren Miteigentum, nicht nur sein eigenes Bruchteilseigentum, beweisen muß (a. M. Dernburg II § 372 II 3). Es steht ihm jedoch die Vermutung des § 1006 zur Seite. Ebenso kann er Berichtigung des Grundbuchs für das ganze Grundstück verlangen (§ 894; JW 1911, 280). Bei der Feststellungsklage handelt es sich zwar um das Eigentum, aber nicht um Ansprüche aus dem Eigentum; sie kann danach von jedem Miteigentümer nur in Ansehung seines Bruchteils erhoben werden (bestr.). Ist eine Hypothek den mehreren Eigentümern des belasteten Grundstücks als Eigentümergrundschuld angefallen, so können sie darüber nur gemeinschaftlich verfügen, es kann aber jeder für sich die Klage auf Löschungsbewilligung erheben. Klagen sie gleichwohl gemeinschaftlich, so liegt notwendige Streitgenossenschaft vor (RG 60, 269). — Das rechtskräftige Urteil im Rechtsstreite des einzelnen Miteigentümers hat für und gegen die untätigen Teilhaber keine Rechtswirkung (vgl. M 3, 446), es bleibt bei der Regel der ZPO § 325; es übt nur insofern tatsächliche Wirkung, als die Leistung an alle, die Hinterlegung oder die Herausgabe der Sache an den Verwahrer (§ 165 FGG) auch ihnen zugute kommt (§ 432).

2. Den **Anspruch auf Herausgabe** (§§ 985ff., 1007) kann der Miteigentümer nur in den Grenzen des § 432 geltend machen. (Über den Beweis des Eigentums s. A 1). Die Vorschrift umfaßt auch die Ansprüche auf Herausgabe der Nutzungen und auf Schadensersatz (vgl. §§ 987, 989, 990, 823ff.), soweit die geforderten Leistungen unteilbar sind. Sind sie dagegen teilbar, so besteht überhaupt keine Gemeinschaft (vgl. § 741 A 1 g. E., § 743 A 1; a. M. Biermann A 2; Staudinger A 1a).

3. Über eine Hypothek, die den mehreren Eigentümern des belasteten Grundstücks als Eigentümergrundschuld angefallen ist, vgl. RG 60, 269; § 744 A 3. Wird eine Briefhypothek infolge teilweisen Nichtentstehens der Hypothekenforderung teilweise zur Eigentümergrundschuld, so wird der Eigentümer des Grundstücks Miteigentümer des Hypothekenbriefs zu dem aus dem Hypothekenanteile sich ergebenden Bruchteile. Hieraus darf aber nicht gefolgert werden, daß ihm ein Anspruch auf Herausgabe oder auf Einräumung des Mitbesitzes (§ 931) an dem Briefe gegen den im Besitze des Briefes befindlichen eingetragenen Gläubiger zustehe (RG 69, 36).

Vierter Abschnitt

Verordnung des Reichs-Arbeitsamts über das Erbbaurecht,

vom 15. Januar 1919 (RGBl S 72)[1].

1. Durch diese am 22. Januar 1919 in Kraft getretene, mit Gesetzeskraft versehene Verordnung sind für die künftig zu begründenden Erbbaurechte die §§ 1012—1017 BGB aufgehoben (§ 35 VO, § 1 Reichsübergangsgesetzes v. 4. 3. 19, RGBl 285). Für die am 22. Januar 1919 bestehenden Erbbaurechte bleibt das bisherige Recht maßgebend (§ 38 VO). Über das bisherige Recht, insbesondere die §§ 1012—1017 BGB, vgl. § 38 A 1.

I. Begriff und Inhalt des Erbbaurechts[1])

1. Gesetzlicher Inhalt[2])

§ 1

Ein Grundstück[3]) kann in der Weise belastet werden[4]), daß demjenigen, zu dessen Gunsten[5]) die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht[6]) zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks[7]) ein Bauwerk[8]) zu haben[9]) (Erbbaurecht).

Das Erbbaurecht kann auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks erstreckt werden, sofern das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache bleibt[10]).

Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk ist unzulässig[11]).

Das Erbbaurecht kann nicht durch auflösende Bedingungen beschränkt werden[12]). Auf eine Vereinbarung, durch die sich der Erbbauberechtigte verpflichtet, beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen das Erbbaurecht aufzugeben und seine Löschung im Grundbuch zu bewilligen, kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen[13]).

1. Das aus den Wurzeln der römisch-rechtlichen Superfizies und der mittelalterlichen Bodenleihe erwachsene, nach dem Inkrafttreten des BGB, das sich darüber nur in sechs Paragraphen (§§ 1012—1017) verhielt, als ein Mittel, zur Abhilfe der Wohnungsnot Bodenflächen auch dann für Bauzwecke nutzbar zu machen, wenn der Eigentümer sein Grundstück nicht veräußern darf oder will, erkannte und dann durch die VO weiter ausgebaute **Erbbaurecht ist** (§ 1 Abs 1 VO, früher § 1012 BGB) ein dingliches Recht an fremder Sache, und zwar das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Oberfläche eines Grundstücks ein Bauwerk zu haben. Da es veräußerlich und vererblich ist, kann es, sofern es rechtsgültig besteht, durch rechtsgeschäftliche Übertragung (s. unten) und kraft Gesetzes durch Erbfolge (§§ 1922, 1942, 2100, 2139 BGB) oder Eingehung einer gütergemeinschaftlichen Ehe mit dem Erbbauberechtigten (§§ 1438, 1519, 1549 BGB) sowie durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung (§ 90 ZVG) erworben werden. Jedoch kann seine Veräußerlichkeit nach § 5 VO an die Zustimmung des Grundstückseigentümers gebunden werden, welche Vereinbarung die rechtlichen Folgen der §§ 6—8 VO hat. Es ist nicht lediglich ein Benutzungsrecht (s. A 9), anderseits kein geteiltes Eigentum oder Miteigentum zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten. Errichtet dieser selbst, wie es in der Regel der Fall sein wird, das Bauwerk, so ist er zwar dessen Eigentümer, da es wesentlicher Bestandteil nicht des Grundstücks, sondern des Erbbaurechts wird (§ 12 Abs 1 Satz 1, Abs 2 VO; § 95 Abs 1 Satz 2 BGB; vgl. **RG** JW 03 Beil 90; KGJ 39 B 50; OLG 31, 333), aber das Eigentum an dem Grund und Boden, auf dem das Bauwerk steht, verbleibt dem Grundstückseigentümer. Ist das Bauwerk bei der Bestellung des Erbbaurechts schon vorhanden (vgl. über die Zulässigkeit des Erbbaurechts auch in diesem Falle schon nach früherem Recht OLG 26, 125), so geht der Grundstückseigentümer zwar des Eigentums daran nicht verlustig (vgl. KGJ 39 B 50). Jedoch gilt nach § 12 Abs 1 Satz 1, 2 VO auch dann das Bauwerk als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts, so daß für die Dauer des Rechtes das Eigentum des Grundstückseigentümers daran beschränkt ist und es für die Belastungen des Erbbaurechts mithaftet (str. ob, weil es als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts gilt, der Erbbauberechtigte ebenfalls Eigentum daran erlangt). Die Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung (§ 11 Abs 1 Satz 1 VO; früher § 1017 Abs 2 BGB.) Der Erbbauberechtigte ist Besitzer des Bauwerks und des Baugrundes; erstreckt sich sein Recht auf einen weiteren Teil des Grundstücks (§ 1 Abs 2 VO; früher § 1013 BGB), so ist er in der Regel auch Besitzer dieses Teiles. Zum Schutze seines Besitzes in diesem Umfange stehen ihm die Besitzklagen zu. Der Grundstückseigentümer hat mittelbaren Besitz im Sinne des § 868 BGB an den genannten Grundflächen und, wenn er Eigentümer des Bauwerks ist, auch an diesem. Das Erbbaurecht kann nur als subjektiv-persönliches Recht für eine natürliche oder juristische Person bestellt werden, nicht als subjektiv-dingliches Recht für den jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks (vgl. OLG 15, 359). Jedoch kann es, nachdem es erworben ist, mit einem dem Erbbauberechtigten gehörigen Grundstück nach § 890 BGB (§ 11 VO, früher § 1017 BGB) zu einem Grundstück vereinigt werden. Die Bestellung des Erbbaurechts unter einer aufschiebenden Bedingung oder einer Zeitbestimmung ist zulässig (vgl. **RG** 61, 1). Dagegen kann es nicht durch auflösende Bedingung beschränkt werden (§ 1 Abs 4; s. A 12). Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften; es wird ähnlich wie ein Grundstück behandelt (§§ 11, 14 VO; § 20 GBO in der Fassung des § 37 Abs 1 VO, § 22 Abs 2 GBO; früher § 1017 BGB, § 7 GBO). Auch in Ansehung der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung (vgl. §§ 864ff., 932 ZPO mit § 11, auch § 24 VO). Bei der Eintragung in das Grundbuch wird für das Erbbaurecht von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt (Erbbaugrundbuch) angelegt (§ 14 Abs 1 Satz 1 VO; früher nach dem durch § 35 VO aufgehobenen § 7 GBO nur auf Antrag ausgenommen im Falle der Veräußerung oder Belastung). Das Erbbaugrundbuch ist für das Erbbaurecht das Grundbuch im Sinne des BGB (§ 14 Abs 2 VO; vgl. für früheres Recht § 3 Satz 2 GBO). — Zur **Entstehung** eines Erbbaurechts durch Rechtsgeschäft bedarf es gemäß § 873 BGB (§ 11 VO) der Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erwerber und der Eintragung in das Grundbuch. Daß die Einigung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt wird, ist nicht mehr wie früher (§ 1015 BGB) erforderlich. Nach § 11 VO findet auch § 925 BGB (Auflassung) auf das Erbbaurecht keine Anwendung. Die Einigung ist daher (materiellrechtlich) auch formlos gültig. Formellrechtlich genügt jedoch zur Vornahme der Eintragung nicht, wie sonst bei einer Grundstücksbelastung, die Eintragungsbewilligung des Eigentümers (§ 19 GBO), vielmehr ist nach der Ordnungsvorschrift des § 20 GBO (in der Fassung des § 37 VO) dem Grundbuchamt die Einigung beider Teile nachzuweisen, und zwar in der Form des § 29 GBO. Ferner kann nach § 5 der VO zur Behebung der dringendsten Wohnungsnot v. 15. 1. 19 (RGBl 69) ein Erbbaurecht dadurch entstehen, daß der Bezirkswohnungskommissar an Stelle der völligen Entziehung des Eigentums an geeignetem Bauland auf Antrag des Eigentümers die Belastung des betreffenden Grundstücks mit einem Erbbaurecht ausspricht. Auch

durch Buchersitzung kann nach § 900 BGB (§ 11 VO; früher § 1017 BGB) ein Erbbaurecht entstehen (30 Jahre lang unrichtiges Eingetragensein des Erbbaurechts und Besitz des Grundstücks durch den als Berechtigter Eingetragenen in Ausübung eines Erbbaurechts). — Zur **Übertragung** des Erbbaurechts durch Rechtsgeschäft auf einen andern bedurfte es früher nach den §§ 1017 Abs 2, 925 BGB der Erklärung der Einigung über die Übertragung zwischen dem bisher Berechtigten und dem Erwerber vor dem Grundbuchamt bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile (Auflassung) und der Eintragung. Jetzt genügt Einigung, die auch formlos rechtswirksam ist, und Eintragung in das Erbbaugrundbuch (§ 873 BGB; §§ 11, 14 VO). Formellrechtlich ist auch hier, wie bei der Bestellung eines Erbbaurechts, zur Vornahme der Eintragung der Übertragung nach der Ordnungsvorschrift des § 20 GBO (in der Fassung des § 37 VO) erforderlich, daß dem Grundbuchamt die Einigung beider Teile nachgewiesen wird, und zwar in der Form des § 29 GBO. Bei einem Erbbaurecht mit lediglich gesetzlichem Inhalt (§ 1 VO) bedarf es zur Übertragung nicht der Zustimmung des Grundstückseigentümers. Ist jedoch gemäß § 5 Abs 1 VO als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart worden, daß der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, so ist nach § 6 Abs 1 VO zur Wirksamkeit der Übertragung diese Zustimmung erforderlich. Der Erbbauberechtigte kann das Erbbaurecht auch auf den Grundstückseigentümer übertragen; ein Erlöschen des Rechtes tritt dabei nach § 889 BGB nicht ein (vgl. OLG 31, 334). Ist gemäß § 2 Nr 4 VO als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart, daß der Erbbauberechtigte beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen zur Übertragung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer verpflichtet sein soll, so hat der Grundstückseigentümer gegebenenfalls einen Anspruch auf die Übertragung (Heimfallanspruch), § 3 VO). Nach § 11 Abs 1 Satz 2 VO kann die Übertragung, anders als die Bestellung des Erbbaurechts (s. oben), nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen. — Die **Belastung** eines Erbbaurechts (z. B. mit hypothekarischen Rechten, Dienstbarkeiten, Reallasten, Vorkaufsrechten) geschieht in gleicher Weise wie die Belastung eines Grundstücks (§ 11 VO; früher § 1017 Abs 1 BGB). — Zur **Änderung des Inhalts** eines Erbbaurechts ist gemäß §§ 877, 873 BGB (§ 11 VO; früher § 1017 Abs 1 BGB) Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten, die, ebenso wie die Einigung über die Bestellung und die Übertragung des Erbbaurechts (s. oben), zur Gültigkeit einer Form nicht bedarf, und die Eintragung erforderlich. Formellrechtlich ist auch hier nach der dem § 20 GBO durch § 37 Abs 1 VO gegebenen Fassung zur Vornahme der Eintragung die Einigung beider Teile in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Die Eintragung hat nicht nur in das Erbbaugrundbuch (§ 14 VO), sondern auch in das Grundbuch über das Grundstück zu erfolgen, da die Belastung des Grundstücks durch das Erbbaurecht eine Änderung erfährt (vgl. §§ 1, 3 preuß. JMVf über die Eintragung von Erbbaurechten v. 25. 3. 19, JMBl 138). Ist das Erbbaurecht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so bedarf es nach §§ 877, 876 BGB zu der Inhaltsänderung der Zustimmung des Dritten. — Die **Beendigung** des Erbbaurechts durch Rechtsgeschäft erfolgt gemäß § 875 BGB (§ 11 VO; früher § 1017 Abs 1 BGB; vgl. dazu RJA 8, 279) durch die von dem Erbbauberechtigten gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Grundstückseigentümer abgegebene Erklärung, daß er das Recht aufgebe, und die Löschung im Grundbuch über das belastete Grundstück, die auch auf dem zu schließenden Erbbaugrundbuch zu vermerken ist (vgl. § 7 der vorbezeichneten preuß. JMVf v. 25. 3. 19). Jedoch nach § 26 VO bedarf es der gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Erbbauberechtigten zu erklärenden Zustimmung des Grundstückseigentümers. Ist das Erbbaurecht mit Rechten Dritter (z. B. Hypotheken) belastet, so ist ferner gemäß § 876 BGB die Zustimmung dieser Dritten erforderlich, die dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber abzugeben ist, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Ferner endigt das Erbbaurecht durch Ablauf der Zeit, für welche es bestellt ist, wobei nach § 27 Abs 1 VO der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten hat. Jedoch kann das Erbbaurecht verlängert (vgl. § 27 Abs 3 VO) und als Inhalt des Erbbaurechts ein Vorrecht für den Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Rechtes nach dessen Ablauf eingeräumt werden (§ 2 Nr 6 VO). Weiter endigt das Erbbaurecht gemäß § 901 BGB (§ 11 VO; früher § 1017 Abs 1 BGB) durch Verjährung (mit Unrecht im Grundbuch gelöscht und der Anspruch des Erbbauberechtigten gegen den Grundstückseigentümer verjährt). Dagegen finden die §§ 927, 928 BGB nach § 11 Abs 1 VO, nicht mehr wie früher (wenigstens § 927 nach § 1017 Abs 1 BGB; die Anwendbarkeit des § 928 wurde von der herrschenden Meinung mit Recht verneint; vgl. RJA 8, 279) auf das Erbbaurecht Anwendung, so daß das Erbbaurecht nicht (mehr) durch Aufgebot oder durch einseitigen Verzicht des Berechtigten gemäß diesen Vorschriften zur Erlöschung gebracht werden kann. Ferner erlischt das Erbbaurecht nicht: durch Untergang des Bauwerks (§ 13 VO; früher § 1016 BGB), durch Vereinigung des Erbbaurechts und des Eigentums am Grundstück in einer Person, z. B. durch Erbfolge (§ 889 BGB; s. auch oben Heimfall) sowie durch zwangsweise Versteigerung des Grundstücks (§ 25 VO). — Über andere landesgesetzlich anerkannte veräußerliche und vererbliche

Nutzungsrechte vgl. § 37 VO A 3 und über vor Inkrafttreten des BGB begründete Erbbaurechte vgl. § 38 VO A 1.

2. Der der Überschrift folgende § 1 bestimmt den **gesetzlichen Inhalt** des Erbbaurechts, von dem bei der Bestellung nicht abgewichen werden darf, wenn ein Erbbaurecht rechtsgültig entstehen soll. Die §§ 2—8 geben Vorschriften über zulässige vertragsmäßige Erweiterungen des gesetzlichen Inhalts mit dinglicher Wirkung. Vgl. in letzterer Hinsicht auch § 27 Abs 1 Satz 2 und § 32 Abs 1 Satz 2. Die Abs 1, 3 des § 1 stimmen wörtlich mit den früheren §§ 1012, 1014 BGB überein, Abs 2 entspricht mit einer Änderung dem früheren § 1013 BGB, während Abs 4 neu ist.

3. Nicht der ideelle Bruchteil eines **Grundstücks**, da das Erbbaurecht ein Gebrauchsrecht ist und das Grundstück unmittelbar trifft; wohl aber ein bestimmter (realer) Teil eines Grundstücks, wobei der Teil gemäß § 6 GBO von dem Grundbuchblatte des Grundstücks abzuschneiden ist (OLG 14, 85; 20, 405; RJA 9, 57). Es kann aber das ganze Grundstück in der Weise belastet werden, daß das Erbbaurecht nur seiner Ausübung nach auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt ist (RJA 9, 57; OLG 20, 405; 26, 126). Bei der Zwangsversteigerung wird dann der Erlös des ganzen Grundstücks von dem Rechte des Erbbauberechtigten ergriffen (RJA 9, 57). In einem solchen Falle findet auch § 6 GBO keine Anwendung (RJA 9, 58). Wird das belastete ganze Grundstück geteilt, so haftet jedes Teilgrundstück für das ganze Erbbaurecht und entsteht daher eine Gesamtbelastung (KGJ 51, 229).

4. Über die Art und Weise, in welcher die rechtsgeschäftliche **Belastung** eines Grundstücks mit einem Erbbaurecht erfolgt, vgl. A 1 unter „Entstehung" des Erbbaurechts.

5. Darüber, daß **derjenige, zu dessen Gunsten** die Belastung erfolgt, nur eine natürliche oder juristische Person sein kann und daß die Begründung des Erbbaurechts als eines subjektiv-dinglichen Rechtes nicht zulässig ist, vgl. A 1 unter „subjektiv-dinglich". Das Erbbaurecht kann aber mehreren zu ideellen Bruchteilen oder zur gesamten Hand gehören.

6. Darüber, welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben, daß das Erbbaurecht **veräußerlich und vererblich** ist, vgl. A 1.

7. Der Begriff **„auf oder unter der Oberfläche"** erfordert nicht, daß das Bauwerk den Grund und Boden des belasteten Grundstücks berührt; so z. B. kann bezüglich einer Brücke, eines Viadukts ein Erbbaurecht bestehen. Vgl. auch **RG** 56, 260 (Kellerrecht).

8. Bauwerk ist eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Baustoffen in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache (**RG** 56, 41). Bauwerke sind also nicht bloß ein Gebäude (s. § 912 BGB A 4), sondern auch: Denkmäler (OLG 8, 122); Brücken, Grabgewölbe (OLG 8, 122); Kanalisationsanlagen (**RG** V 395/03); Wasserrohrleitung mit eingemauerten Wasserentnahmeschächten (**RG** JW 1910, 148[11]); Gleisanlagen der Bahnen (**RG** 61, 3; RJA 5, 202); Träger einer Drahtseilbahn (OLG 26, 126). Nicht aber sind Bauwerke: Rohrleitungen, wenn sie lediglich aus zusammengesetzten, in den Boden versenkten Rohrteilen bestehen (RJA 5, 204); auch nicht Entwässerungsanlagen (**RG** Gruch 53, 81); ferner nicht artesische Brunnen und Doppelröhrentiefbrunnen (**RG** 56, 41; Gruch 59, 124); Maschinen (str.). Vgl. auch BGB § 638 A 2, § 648 A 2. An Pflanzungen für sich allein kann ein Erbbaurecht nicht begründet werden, da es an einem Bauwerk fehlt. Jedoch nach § 1 Abs 2 VO kann bei Bestellung eines Erbbaurechts an einem Bauwerk das Recht auf eine Pflanzungsanlage erstreckt werden. — Das Erbbaurecht kann teilbar sein, wenn es sich ohne Inhalts- und Wertsveränderung in gleichartige Teile zerlegen läßt (str.) und die Beteiligten die Teilung nicht ausgeschlossen haben. Die Teilbarkeit wird besonders dann gegeben sein, wenn die Berechtigung zum Haben mehrerer Gebäude begründet ist (KGJ 51, 230). — Vgl. darüber, daß es für die Zulässigkeit des Erbbaurechts gleichgültig ist, ob das Bauwerk zur Zeit der Begründung des Erbbaurechts bereits besteht oder erst von dem Berechtigten in Ausübung seines Erbbaurechts errichtet wird, und daß im ersteren Falle der Eigentümer des Grundstücks, im letzteren der Erbbauberechtigte der Eigentümer des Bauwerks ist, A 1. — Der Eigentümer des Grundstücks kann das Eigentum an dem Bauwerk nicht auf den Erbbauberechtigten (§ 93 BGB; **RG** 61, 1), wohl aber kann der Erbbauberechtigte sein Eigentum an dem Bauwerke an den Eigentümer des Grundstücks übertragen, und zwar gemäß §§ 929ff. (s. § 95). — Wird ein Schatz im Bauwerk gefunden, so gebührt die Hälfte nach § 894 dem Eigentümer des Bauwerks.

9. Das Recht **zum Haben** eines Bauwerks schließt die Befugnis in sich, das Bauwerk zu besitzen und gemäß dem Gesetz und dem Bestellungsvertrag zu nutzen, sowie es abzubrechen und durch ein neues Bauwerk zu ersetzen. Der Erbbauberechtigte hat das Bauwerk auch, wenn es der Eigentümer des Grundstücks errichtet hat (s. A 1; vgl. KGJ 25 A 141). Ihm stehen daher auch in diesem Falle die gleichen Befugnisse zu, jedoch mit Ausnahme der Er-

setzung des Bauwerks durch ein neues, da einer solchen Befugnis das Eigentum des Grundstückseigentümers an dem Bauwerk (s. A 1) entgegensteht (str.), es sei denn, daß ihm vertragsmäßig (§ 2 Nr 1 VO) auch diese Befugnis gewährt ist. — Eine Bestimmung über die Pflicht zur Unterhaltung des Bauwerks durch den Erbbauberechtigten oder den Eigentümer des Grundstücks ist nicht gegeben. Die Unterhaltspflicht ist der vertragsmäßigen Regelung überlassen (§ 2 Nr 1 VO). Jedoch auch im Falle einer nicht erfolgten vertraglichen Regelung wird, wenn das Bauwerk bei Begründung des Erbbaurechts bereits vorhanden war, dem Erbbauberechtigten, da das Bauwerk im Eigentum des Grundstückseigentümers bleibt (s. A 1), gleichwie einem Nießbraucher die Pflicht obliegen, das Bauwerk in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten. In dem Regelfall, daß der Erbbauberechtigte selbst das Bauwerk errichtet hat, kann er es in jenem Falle allerdings verschlechtern oder auch zugrunde gehen lassen. Er haftet aber für den durch Einsturz des Bauwerks entstehenden Schaden nach §§ 836, 837 BGB. Auch hat er während der Dauer seines Rechtes ein Interesse an der ordnungsmäßigen Instandhaltung des Bauwerks, weil er bei Beendigung des Rechtes einen Anspruch auf Entschädigung für das Bauwerk (§ 27 VO) und bei Heimfall des Rechtes an den Grundstückseigentümer (§ 2 Nr 4 VO) einen Anspruch auf Vergütung für das Erbbaurecht (§ 32 VO) hat und die Höhe der Entschädigung bzw. Vergütung sich nach dem Werte des Bauwerks zu dieser Zeit bestimmen wird. Nach früherem Recht war der Grundstückseigentümer nicht berechtigt, gemäß § 997 BGB das Bauwerk gegen Ersatz des Wertes zu behalten, da die Voraussetzung hierfür, daß das Bauwerk wesentlicher Bestandteil des Grundstücks war, fehlte (s. A 1). Jetzt bestimmt § 34 VO, daß der Erbbauberechtigte nicht berechtigt ist, beim Erlöschen des Erbbaurechts oder beim Heimfall das Bauwerk wegzunehmen. — Nach § 2 Nr 3 VO gehört zum Inhalt des Erbbaurechts auch eine Vereinbarung über die Tragung der öffentlichen Lasten und Abgaben. Ist eine solche Vereinbarung nicht getroffen, so haben der Erbbauberechtigte und der Grundstückseigentümer die je auf ihr Eigentum ruhenden Lasten und Abgaben zu tragen, also der Erbbauberechtigte nur die auf dem Bauwerk ruhenden und diese auch nur dann, wenn er Eigentümer des Bauwerks ist (s. A 1).

10. Die **Erstreckung des Erbbaurechts auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Grundstücksteil,** war schon früher durch § 1013 BGB zugelassen, weil häufig dem Bedürfnisse des Erbbauberechtigten mit dem Überlassen des Baugrundes nicht genügt, z. B. zu einem Gebäude oft ein Hof oder ein Garten nötig ist. Jedoch war im § 1013 BGB die Zulässigkeit der Erstreckung an die Voraussetzung geknüpft, daß die Benutzung des Grundstücksteils für die Benutzung des Bauwerks Vorteil bot, worunter das gleiche zu verstehen war, wie unter dem Vorteil, den eine Grunddienstbarkeit nach der die Beschränkung des Inhalts einer Grunddienstbarkeit bestimmenden Vorschrift des § 1019 BGB für herrschende Grundstücke haben muß (vgl. § 1019 BGB A 2). Diese Einschränkung ist im § 1 Abs 2 VO fallen gelassen. Es soll damit dem Inhaber eines Erbbauhauses die notwendige Nutzung des Hofraums oder auch eines größeren Gartens oder Ackerstücks im Erbbaurecht ermöglicht werden, ohne daß in eine allzu ängstliche Prüfung der Frage nach den Vorteilen für das Erbbaurecht eingetreten zu werden braucht (Begr zu § 1 d. Entw d. VO). Um jedoch zu verhüten, daß auf dem Umwege über das Erbbaurecht die von dem BGB abgeschaffte Erbpacht wieder eingeführt werden könnte, ist als Erfordernis gesetzt, daß **das Bauwerk** im Verhältnis zu dem Grundstücksteil **wirtschaftlich die Hauptsache bleibt.** Es kann daher z. B. an einer Gärtnerei mit einem zu ihrem Betriebe eingerichteten Gebäude ein Erbbaurecht nicht bestellt werden, weil ein solches Gebäude gegenüber der Gärtnerei an wirtschaftlicher Bedeutung zurücksteht, wohl aber an einem Landhaus mit einem Hof, Zugangsweg, Bleichplatz, See, Zier- oder Obstgarten oder auch einem Park (vgl. Begr a. a. O.). — Das Recht zur Benutzung des Nebenlandes gehört zum Inhalt des Erbbaurechts. Daher handelt es sich, wenn es erst nachträglich gewährt oder wenn es wieder aufgehoben werden soll, um eine Änderung des Inhalts des Erbbaurechts, so daß hierfür dieselben Erfordernisse zu gelten haben wie für eine sonstige Inhaltsänderung (s. A 1 unter „Änderung des Inhalts des Erbbaurechts"). — Über den Unterschied zwischen Belastung nur eines Grundstücksteils mit dem Erbbaurecht und der Belastung eines ganzen Grundstücks in der Weise, daß die Ausübung des Erbbaurechts auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt ist, vgl. A 3.

11. Das schon in dem früheren § 1014 BGB vorgesehene **Verbot der Beschränkung auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk,** beruht auf Zweckmäßigkeitsgründen, die aus dem Begriff des Gebäudes (s. § 912 A 4) sich ergeben. Unzulässig ist danach z. B. die Begründung eines Erbbaurechts an einem bestimmten Teil eines Mühlengebäudes zwecks Benutzung für ein aufzustellendes Elektrizitätswerk. Bezüglich des Stockwerkseigentums vgl. den Vorbehalt für die Landesgesetzgebung in Art 131 und die Übergangsbestimmung Art 182 EG.BGB. Die Unzulässigkeit der Beschränkung betrifft weder ein ganzes von mehreren auf demselben Grundstücke stehenden selbständigen Gebäuden (z. B. kann an einem Stallgebäude ein Erbbaurecht bestehen, während ein auf demselben Grundstück befindliches Wohngebäude

nicht mit dem Erbbaurecht belastet ist), noch einen Teil eines anderen Bauwerks als eines Gebäudes (str.; es folgt dies aber daraus, daß hier nicht, wie sonst, das Wort „Bauwerk", sondern das Wort „Gebäude" gebraucht ist). Auch braucht das Erbbaurecht bezüglich eines Bauwerks auf der Oberfläche nicht notwendig das darunter befindliche Bauwerk zu umfassen, und umgekehrt. Der unter einem Gebäude befindliche Keller aber wird regelmäßig ein (unselbständiger) Teil des Gebäudes sein. Unter Umständen jedoch kann er sich nach der Verkehrsanschauung auch als ein selbständiges Gebäude oder sonstiges Bauwerk darstellen. Im letzteren Falle ist ein Erbbaurecht lediglich bezüglich des Kellers zulässig (vgl. RG 56, 260). Unzulässig dagegen ist es, ein Erbbaurecht an einem Gebäude, das auf zwei Grundstücken steht, für den Eigentümer des einen Grundstücks zu bestellen, da das Erbbaurecht ein Recht an fremdem Grundstück ist und die auf fremdem Grundstück stehende Baulichkeit nur ein Teil eines Gebäudes ist (vgl. KGJ 25 A 141). Für einen solchen Fall ist die Bestellung einer Grunddienstbarkeit, vermöge deren der Eigentümer des herrschenden Grundstücks das Recht hat, einen Teil seines Gebäudes auf dem dienenden Grundstück stehenzulassen, der nach § 1018 BGB zulässige Weg (KGJ 25 A 141).

12. Während nach früherem Recht von der überwiegenden Meinung angenommen wurde, daß ein Erbbaurecht befristet oder unter einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs 2 BGB) bestellt werden könne, und eine solche Bestellung nur dann, wenn sie dem Grundsatze der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit des Erbbaurechts nach § 1012 BGB entgegenstand, wie z. B. im Falle der Bestellung auf die Lebenszeit des Berechtigten oder auflösend bei Veräußerung, für unzulässig erachtet wurde (RG 61, 1; RJA 9, 128), enthält § 1 Abs 4 Satz 1 VO allgemein das **Verbot der Beschränkung des Erbbaurechts durch auflösende Bedingungen** mit Rücksicht darauf, daß mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung das Erbbaurecht erlöschen, damit aber auch die Belastungen, insbesondere die Hypotheken, die etwa auf dem Erbbaurecht ruhen, untergehen würden, da ihnen durch den Untergang des Erbbaurechts die Grundlage entzogen wäre, und in Anbetracht dieser Wirkung der auflösenden Bedingung die Beleihbarkeit des Erbbaurechts erschwert sein würde (Begr zu § 1 d. Entw d. VO). — Es ist aber, wie bereits in A 1 bemerkt ist, die Bestellung eines Erbbaurechts unter einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs 1 BGB) oder einer Zeitbestimmung (§ 163 BGB) zulässig. Daher kann z. B. eine bestimmte Zeitdauer, ein Endtermin, für das Erbbaurecht gesetzt werden. Derartige Bestimmungen bedürfen, da sie einen wesentlichen Teil des Inhalts des Erbbaurechts bilden, außer der Einigung (§ 873 BGB; im Falle der nachträglichen Vereinbarung, §§ 873, 877 BGB, auch Zustimmung Dritter im Sinne des § 876 BGB) der Eintragung in das Grundbuch. Eine Höchstdauer ist für das Erbbaurecht nicht bestimmt, weil Erbbaurechte nicht nur für Wohnzwecke, sondern auch zur Errichtung öffentlicher Baulichkeiten, wie z. B. Museen, Kirchen, Denkmäler, bestellt würden, für die eine Höchstdauer zu kurz sein könnte, und weil es anderseits heutzutage wohl ausgeschlossen sei, daß ein Grundeigentümer seinen Boden mit Erbbaurechten „auf ewige Zeiten" belasten werde (Begr zu § 1 Entw d. VO). Auch von einer Bestimmung der Mindestdauer eines Erbbaurechts ist abgesehen, weil ein kurzfristiges Erbbaurecht nur eine minderwertige Kreditunterlage darstellen würde und deshalb von den Beteiligten kaum werde angewendet werden (Begr a. a. O.). Über die Entschädigung, die im Falle des Erlöschens des Erbbaurechts durch Zeitablauf der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten zu leisten hat, und über die Rechte der Realberechtigten an dem Entschädigungsanspruch vgl. §§ 27, 29 VO.

13. Nach früherem Recht wurde es für zulässig erachtet, zu vereinbaren, daß der Grundstückseigentümer im Falle der Nichterfüllung von Verpflichtungen des Erbbauberechtigten (z. B. der Verpflichtung, ohne Genehmigung des Grundstückseigentümers das Erbbaurecht nicht zu veräußern) befugt sein solle, die Aufhebung des Erbbaurechts zu verlangen, und den so bedingten Anspruch auf Löschung des Erbbaurechts durch Eintragung einer Vormerkung (§ 883 BGB) zu sichern (RJA 9, 271). Da aber auch hierbei, wie beim Eintritt einer auflösenden Bedingung (s. A 12), die Aufhebung des Erbbaurechts zur Folge hätte, daß die Belastungen, insbesondere die Hypotheken, erlöschen würden, und, um zur Hebung der Beleihbarkeit des Erbbaurechts die Zahl der Verwirkungsmittel nach Möglichkeit zu verringern, **verbietet** § 1 Abs 4 Satz 2 VO die **Übernahme der Verpflichtung zur Aufgabe** und Löschung des Erbbaurechts **beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen** (Begr zu § 1 d. Entw d. VO). Eine dem Verbot zuwider erfolgte Übernahme ist als unwirksam zu erachten (vgl. über den gleichen Ausdruck „auf eine Vereinbarung . . . kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen" § 6 Abs 2, § 27 Abs 2 Satz 2, § 32 Abs 2 Satz 2). Zulässig aber ist nach § 2 Nr 4 VO eine (mit dinglicher Wirkung verbundene) Vereinbarung der Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Übertragung des Erbbaurechts beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer (Heimfall); bei der Übertragung auf Grund einer solchen Verpflichtung bleiben nach § 33 VO die hypothekarischen Rechte ohne Rücksicht auf ihren Rang bestehen (Begr a. a. O.).

2. Vertragsmäßiger Inhalt[1])

§ 2

Zum Inhalt des Erbbaurechts gehören auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten[2]) über:

1. **die Errichtung[3]), die Instandhaltung[4]) und die Verwendung des Bauwerkes[5]);**
2. **die Versicherung des Bauwerkes und seinen Wiederaufbau im Falle der Zerstörung[4]);**
3. **die Tragung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben[6]);**
4. **eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen (Heimfall)[7]);**
5. **eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen[8]);**
6. **die Einräumung eines Vorrechts für den Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf[9]);**
7. **eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen[10]).**

1. Während § 1 den gesetzlichen Inhalt des Erbbaurechts bestimmt, von dem nicht abgewichen werden darf, wenn die Erbbaurechtsbestellung Gültigkeit haben kann, geben die §§ 2—8 Vorschriften darüber, nach welchen Richtungen die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten über den gesetzlichen Inhalt hinaus zum **vertragsmäßigen Inhalt** des Erbbaurechts gemacht werden darf und welche Rechtswirkungen damit verbunden sind.

2. Aus der Bestimmung, daß die unter Nr 1—7 aufgeführten **Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten auch zum Inhalt des Erbbaurechts gehören,** folgt, daß diese Vereinbarungen nicht bloß schuldrechtliche Wirkung zwischen den genannten Beteiligten sowie deren allgemeinen Rechtsnachfolgern, sondern als Inhaltsbestandteile auch dingliche Wirkung für und gegen Dritte haben. Die Nichterfüllung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen löst also nicht lediglich einen Schadensersatzanspruch für den einen Vertragsteil gegen den anderen aus, sondern die Verpflichtungen liegen dem jeweiligen Grundstückseigentümer oder Erbbauberechtigten gegenüber dem jeweiligen Erbbauberechtigten oder Grundstückseigentümer ob, und es tritt bei jeder Art von Wechsel in der Person des Erbbauberechtigten oder des Grundstückseigentümers, sonach auch im Falle der Zwangsversteigerung des Erbbaurechts oder des Grundstücks, der Erwerber in die betreffenden Rechte und Pflichten seines Rechtsvorgängers ein (Begr zu § 2 d. Entw d. VO). Erfordernis für die dingliche Wirkung ist die Eintragung in das Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks und in das Erbbaugrundbuch (§ 14 A 2). Werden erst nach Begründung des Erbbaurechts solche Vereinbarungen getroffen, so bedarf es, da es sich um eine Änderung des Inhalts des Erbbaurechts dann handelt, nach §§ 873, 877 BGB außer der Einigung und Eintragung der Rechtsänderung gemäß § 876 BGB auch der Zustimmung der Dritten, mit deren Rechten etwa das Erbbaurecht belastet ist (s. § 1 A 1). — Andere Vereinbarungen über die Rechte und Pflichten der Beteiligten sind nicht unzulässig (über eine Ausnahme s. § 1 Abs 4 Satz 2 VO und dazu dort A 13); sie wirken aber nur schuldrechtlich zwischen den Vertragschließenden. Jedoch können auch noch die in den §§ 5 Abs 1, 27 Abs 1 Satz 2, 32 Abs 1 Satz 2 VO bezeichneten Vereinbarungen (über: Erfordernis der Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veränderung des Erbbaurechts; die Höhe, Zahlungsart oder Ausschließung der Entschädigung bei Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf; die Höhe, Zahlungsart oder Ausschließung der Vergütung bei Heimfall des Erbbaurechts) als Inhalt des Erbbaurechts getroffen werden. Vgl. auch über Ausbedingung eines Erbbauzinses, die aber nicht zum Inhalt des Erbbaurechts gehört, sondern in Gestalt einer Reallastbestellung erfolgt, § 9 VO und über die Zulässigkeit der Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung oder einer Zeitbestimmung § 1 A 12.

3. Zur Ergänzung des den gesetzlichen Inhalt des Erbbaurechts bestimmenden § 1 Abs 1 VO, der nichts darüber besagt, daß, wenn das Erbbaurecht an unbebautem Boden bestellt wird, der Erbbaurechtsnehmer auch die Pflicht, zu bauen, hat, wird, insbesondere dann, wenn mit der Bestellung des Erbbaurechts der Zweck, Kleinwohnungen zu schaffen, verfolgt wird, es angezeigt sein, dem Erbbaurechtsnehmer die Verpflichtung zur **Errichtung des Bauwerks**

mit dinglicher Wirkung (A 2) aufzuerlegen. Dabei kann ihm eine Frist für die Vornahme des Baues gesetzt, die Art und Einrichtung, die Höhe und Größe des Bauwerks, auch nach einem Bauplan, bestimmt und folgeweise ferner festgesetzt werden, daß er das Bauwerk nicht ohne Genehmigung des Grundstückseigentümers wesentlich verändern oder ganz oder zum Teil abbrechen dürfe (Begr zu § 2). Dagegen kann ihm umgekehrt die Befugnis zur Errichtung oder Wiedererbauung des zerstörten Bauwerks nicht entzogen werden, da dies dem gesetzlichen Inhalt des Erbbaurechts widerstreiten würde.

4. Die Auferlegung der Verpflichtung des Erbbaurechtsnehmers zur **Instandhaltung des Bauwerks** in ordnungsmäßigem Zustand, zur **Versicherung** gegen Feuersgefahr, zur Instandsetzung im Falle eines Brandes oder, wenn das Bauwerk zerstört ist, zum **Wiederaufbau** dient dem Interesse des Grundstückseigentümers, dem das Bauwerk bei Beendigung des Erbbaurechts nach § 12 Abs 3 VO zufällt (vgl. auch § 23 VO über die Anzeige eines Brandes im Falle der Feuerversicherung) und fördert zugleich dadurch, daß die Sicherheit der Hypothekengläubiger erhöht wird, die Beleihbarkeit des Erbbaurechts. Über die Unterhaltungspflicht, falls keine Bestimmung darüber getroffen worden ist, vgl. § 1 A 9.

5. Durch Vereinbarungen über die **Verwendung des Bauwerks** kann besonders verhütet werden, daß im Falle der Hingabe von Grund und Boden zu Erbbaurecht im öffentlichen Interesse (z. B. zu Kleinwohnungszwecken) der Erbbauberechtigte die in gemeinnütziger Weise gemachten Aufwendungen, worunter auch der Verzicht auf gewinnbringendere Verwendung des Grund und Bodens fällt, zu eigensüchtigen Zwecken mißbraucht (Begr zu § 2). Dazu gehören z. B. Vereinbarungen über die Verpflichtung des Erbbauberechtigten, bei der Vermietung der Wohnungen eine bestimmte Höhe der Mietzinsen nicht zu überschreiten, die Mietzinsen nicht ohne Genehmigung des Grundstückseigentümers zu erhöhen, nur an gewisse Klassen von Personen (z. B. Beamten) zu vermieten, in der Belegung der Wohnräume gewisse Grenzen einzuhalten, das Bauwerk zu bestimmten Zwecken (z. B. zum Betriebe einer Gastwirtschaft) nicht zu gebrauchen (vgl. Begr zu § 2).

6. Über den Begriff der **öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben,** über deren **Tragung** Vereinbarungen mit dinglicher Wirkung (s. A 2) getroffen werden können, vgl. BGB § 436 A 1 (öffentliche Lasten und Abgaben) und § 1047 A 3 (privatrechtliche Lasten). Über die Tragung der öffentlichen Lasten und Abgaben beim Fehlen solcher Vereinbarungen vgl. VO § 1 A 9.

7. Die Gewährung eines **Heimfallanspruchs für den Grundstückseigentümer** kann besonders zugleich mit der Übernahme von Verpflichtungen der in § 2 Nr 1—3 bezeichneten Art und für den Fall, daß solche Verpflichtungen von dem jeweiligen Erbbauberechtigten (s. A 2) nicht erfüllt wurden, vereinbart werden, aber auch für den Fall des Eintritts anderer Voraussetzungen, wie Säumigkeit in der Zahlung des etwa ausbedungenen Erbbauzinses (§ 9 VO; jedoch mit der aus Abs 3 dort sich ergebenden Beschränkung: Rückstand mit dem Erbbauzinse mindestens in Höhe zweier Jahresbeträge), Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des jeweiligen Erbbauberechtigten. Dagegen ist es nach § 6 Abs 2 VO nicht zulässig, dem Grundstückseigentümer einen Heimfallanspruch für den Fall des Zuwiderhandelns des Erbbauberechtigten gegen eine gemäß § 5 VO übernommene Beschränkung (Veräußerung des Erbbaurechts nicht ohne Genehmigung des Grundstückseigentümers) zu gewähren. — Der bei Eintritt der Voraussetzung gegebene Heimfallanspruch, der nach § 3 Halbs 1 von dem Eigentum an dem Grundstück nicht getrennt werden kann und über dessen Verjährung § 4 Bestimmung trifft, wird erfüllt durch Übertragung des Erbbaurechts im Wege der (nötigenfalls durch rechtskräftiges Urteil nach § 894 ZPO zu ersetzenden) Einigung und Grundbucheintragung (§ 873 BGB, § 11 VO) entweder auf den Grundstückseigentümer oder nach § 3 Halbs. 2 auf dessen Verlangen auf den von ihm bestimmten Dritten. Auch im ersteren Falle aber bleibt das Erbbaurecht nach § 889 BGB bestehen und erfolgt die Eintragung des Wechsels in der Person des Erbbauberechtigten auf das Erbbaugrundbuch nebst unverzüglichem Vermerk auf dem Grundbuchblatt über das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück, so daß der Grundstückseigentümer einmal auf diesem Blatte als Eigentümer eingetragen und zugleich als Erbbauberechtigter vermerkt ist und sodann im Erbbaugrundbuch als neuer Erbbauberechtigter eingetragen steht (vgl. § 14 VO; § 5 preuß. JMVf v. 25. 3. 19). Wird auf sein Verlangen das Erbbaurecht auf einen Dritten übertragen, so wird nur dieser, nicht zuvor auch er als neuer Erbbauberechtigter in das Erbbaugrundbuch eingetragen. In jedem Falle hat der Grundstückseigentümer nach § 32 Abs 1 dem Erbbauberechtigten für das Erbbaurecht eine angemessene oder die der Höhe und der Zahlungsart nach etwa vereinbarte Vergütung zu gewähren, sofern nicht durch Vereinbarung die Gewährung einer Vergütung ausgeschlossen worden ist (welche Vereinbarung aber im Falle des § 32 Abs 2 unzulässig ist). Auch wenn das Erbbaurecht auf den Grundstückseigentümer selbst übertragen wird, bleiben gemäß § 33 Abs 1 Satz 1, 2 die dort bezeichneten Belastungen des Erbbaurechts bestehen, während andere auf dem Erbbaurechte lastende Rechte gemäß § 33 Abs 1 Satz 3 erlöschen. Zu den letzteren Rechten gehört das Heimfallrecht nicht, da es zum Inhalt des Erbbaurechts gehört; vielmehr

besteht es für den jeweiligen Grundstückseigentümer gegen den jeweiligen Erbbauberechtigten fort. Will der Grundstückseigentümer und gleichzeitige Erbbauberechtigte nun das Heimfallrecht aufheben, so genügt nach § 875 BGB (§ 11 VO) dazu seine gegenüber dem Grundbuchamt abgegebene Aufgabeerklärung nebst hinzutretender Löschung im Erbbaugrundbuch; jedoch bedarf es nach der allgemein gehaltenen Bestimmung des § 876 Satz 1 BGB der Zustimmung der etwaigen Realberechtigten am Erbbaurecht, zumal auch für diese die Aufhebung, die zugleich eine Änderung des Inhalts des Erbbaurechts enthält, von Bedeutung sein kann (str.). Das Bauwerk, das nach § 34 VO der Erbbauberechtigte nicht wegnehmen darf, wird auch zufolge solcher Aufhebung nicht Bestandteil des Grundstücks, sondern bleibt Bestandteil des Erbbaurechts, da dieses nicht erlischt (vgl. § 12 Abs 2 Halbs 2 mit § 12 Abs 3 VO), was für die Sicherheit der Realberechtigten an dem Erbbaurecht und für den Fall der Wiederveräußerung des Erbbaurechts an einen andern von Belang sein kann (str.). — Von der Einführung eines richterlichen Prüfungs- und Milderungsrechts nach dem Muster der Hypothekenschutzverordnung v. 8. 6. 16 (RGBl 451) hinsichtlich der Ausübung des Heimfallrechts hat die Verordnung nach der Begr zu § 2 d. Entw deswegen abgesehen, weil als Erbbaurechtsbesteller in der Hauptsache die öffentlichen Körperschaften in Frage kämen und bei diesen eine allzu starre Handhabung der Heimfallklausel nicht zu befürchten sei.

8. Eine Festsetzung der **Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen** wird hauptsächlich für den Fall der Nichterfüllung geringerer Verpflichtungen als solcher, für deren Nichterfüllung ein Heimfallrecht (§ 2 Nr 4) vereinbart wird, in Betracht kommen. Unter Vertragsstrafe kann auch die Nichterfüllung anderer Verpflichtungen als der im § 2 Nr 1—3 bezeichneten, z. B. die nicht rechtzeitige Zahlung eines Erbbauzinses (§ 9 VO), gesetzt werden. Sie unterliegt den Vorschriften der §§ 339ff. BGB, insbesondere auch der des § 343 über die Ermäßigung durch den Richter bei unverhältnismäßiger Höhe. Über die Verjährung des Anspruchs auf sie trifft § 4 VO Bestimmung.

9. Die rechtlichen Folgen, die sich daraus ergeben, daß **für den Erbbauberechtigten ein Vorrecht auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf** für den Fall **eingeräumt** ist, daß der Grundstückseigentümer nach Beendigung des alten Erbbaurechts mit einem Dritten einen Vertrag über Bestellung eines neuen Erbbaurechts an dem nämlichen Grundstück schließt, regelt § 31 VO. Vgl. hierüber die A dort.

10. Im Falle der Vereinbarung der **Verpflichtung des Grundstückseigentümers, sein Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen,** müssen, wie bei einem Vorvertrag auf Abschluß eines Kaufvertrags, die wesentlichen Bedingungen des Kaufes, insbesondere die Höhe des Kaufpreises (mindestens bestimmbar wie: jedesmal angemessener Preis, Bestimmung durch einen Beteiligten gemäß §§ 315f. BGB oder einen Dritten gemäß §§ 317ff. BGB) festgesetzt werden, da sonst die Vereinbarung zu unbestimmt ist (str.). Auch wird, falls ein fest bestimmter (nicht etwa der jedesmal angemessene) Preis maßgebend sein soll, eine Zeitspanne für die Ausübung des Kaufrechts zu setzen sein, wenn es nicht etwa im Willen der Beteiligten liegt, daß die Steigerung des Bodenpreises im Laufe der Zeit dem jeweiligen Erbbauberechtigten zugute kommen soll. Die zufolge der Geltendmachung des Kaufrechts (durch Auflassung, § 925 BGB) zu bewirkende Übereignung des Grundstücks an den Erbbauberechtigten führt nach § 889 BGB nicht zum Erlöschen des Erbbaurechts. Der Berechtigte kann gesondert Grundstück und Erbbaurecht belasten oder sonst darüber verfügen. Zur Aufhebung des Erbbaurechts (§ 875 BGB) bedarf er jedoch nach § 876 BGB der Zustimmung der Realberechtigten am Erbbaurecht. — Unberührt durch die VO, insbesondere § 2 Nr 4, 7 (Heimfallrecht, Kaufrecht), ist die Zulässigkeit der Vereinbarung dinglicher Vorkaufsrechte (§ 1094 BGB) sei es zugunsten des Grundstückseigentümers an dem Erbbaurecht, sei es zugunsten des Erbbauberechtigten an dem Grundstück für den Fall, daß das Erbbaurecht bzw. das Grundstück an einen Dritten verkauft wird, mit der Berechtigung, in den Kaufvertrag einzutreten; das Vorkaufsrecht für den Erbbauberechtigten trägt zur Hebung der Marktgängigkeit und damit der Beleihbarkeit des Erbbaurechts bei, und das Vorkaufsrecht für den Grundstückseigentümer ermöglicht diesem, das Erbbaurecht selbst zu erwerben, wenn ihm der Käufer für die Erfüllung der als Inhalt des Erbbaurechts übernommenen Verpflichtungen nicht genügende Gewähr bietet (vgl. Begr zu § 2 d. Entw d. VO). Die gegebenenfalls eintretende Vereinigung des Eigentums am Grundstück und des Erbbaurechts in einer Person hat auch hier nach § 889 BGB den Untergang des Erbbaurechts nicht zur Folge.

§ 3

Der Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers kann nicht von dem Eigentum an dem Grundstück getrennt werden[1]); der Eigentümer kann verlangen, daß das Erbbaurecht einem von ihm zu bezeichnenden Dritten übertragen wird[2]).

1. Die zur Verhütung einer Verwicklung der Rechtsverhältnisse bestimmte **Untrennbarkeit** hat zur Folge, daß der Heimfallanspruch nicht für sich allein Gegenstand einer Verfügung oder einer Pfändung sein kann.

2. Durch die Gewährung des Rechts auf **Übertragung des Erbbaurechts an den Dritten** soll zur Verhütung unnötiger Belastung des Grundbuchs und zur Ersparung von Kosten der Umweg der Übertragung auf den Grundstückseigentümer vermieden werden, wenn dieser das Erbbaurecht nicht für sich zu behalten, sondern dem Dritten zu übertragen beabsichtigt (Begr zu § 3 d. Entw d. VO).

§ 4

Der Heimfallanspruch sowie der Anspruch auf eine Vertragsstrafe (§ 2 Nr. 4 und 5) verjährt in sechs Monaten von dem Zeitpunkt an, in dem der Grundstückseigentümer von dem Vorhandensein der Voraussetzungen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in zwei Jahren vom Eintreten der Voraussetzungen an[1]).

1. Die kurze (vgl. § 195 BGB) **Verjährungsfrist für den Heimfallanspruch** (§ 2 Nr 4; s. § 2 A 7) und den **Anspruch auf eine Vertragsstrafe** (§ 2 Nr 5; s. § 2 A 8) ist besonders geregelt, weil für diese Ansprüche, da Vereinbarungen darüber nach § 2 zum Inhalt des Erbbaurechts gehören, nicht nur die für die Verjährung schuldrechtlicher Ansprüche gegebenen Verjährungsfristen (vgl. §§ 474, 852, 1057 BGB), sondern auch die Vorschriften über die Verjährung eingetragener Rechte (vgl. § 902 BGB) in Frage kommen konnten (Begr zu § 4 d. Entw d. VO). — Die **Voraussetzung,** von deren Kenntnis bzw. Eintreten ab die sechsmonatige bzw. zweijährige Verjährungsfrist beginnt, wird in der Regel die Nichterfüllung einer vom Erbbaurechtsnehmer übernommenen Verpflichtung sein (vgl. § 2 A 7, 8).

§ 5

Als Inhalt des Erbbaurechts[1]) kann auch vereinbart werden[2]), daß der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf.

Als Inhalt des Erbbaurechts[1]) kann ferner vereinbart werden[2]), daß der Erbbauberechtigte zur Belastung des Erbbaurechts mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast[3]) der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Ist eine solche Vereinbarung getroffen, so kann auch eine Änderung des Inhalts[4]) der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder der Reallast, die eine weitere Belastung des Erbbaurechts enthält[5]), nicht ohne die Zustimmung des Grundstückseigentümers erfolgen[6]).

1. Aus den Worten **„als Inhalt des Erbbaurechts"** folgt, daß die betreffende Vereinbarung ebenso, wie die in § 2 aufgeführten Vereinbarungen, dingliche Wirkung gegen jedermann hat (vgl. § 2 A 2), während nach § 137 BGB die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung beschränkt werden kann.

2. Für den Grundstückseigentümer kann eine **Vereinbarung des Erfordernisses seiner Zustimmung** besonders von Bedeutung sein bezüglich der **Veräußerung des Erbbaurechts,** um zu verhüten, daß der Erbbauberechtigte sein Erbbaurecht unter Hintansetzung des mit der Gewährung des Rechtes verfolgten Zweckes zu Spekulationszwecken veräußert, und bezüglich der **Belastung des Erbbaurechts** mit den im Abs 2 bezeichneten Rechten, um zu verhüten, daß die Belastungen im Übermaß und ohne wirtschaftlichen Bedarf für das Bauwerk erfolgen und bei einem etwaigen vorzeitigen Heimfall des Erbbaurechts an ihn (vgl. § 2 Nr 4) gemäß § 33 so auf den dann ihm selbst zustehenden Erbbaurecht ruhen (vgl. Begr zu § 5 d. Entw d. VO).

3. Nur hinsichtlich der Belastung mit einer **Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder** einer **Reallast** kann das Erfordernis der Zustimmung mit dinglicher Wirkung vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung hinsichtlich der Belastung mit anderen Rechten, z. B. Nießbrauch, persönlicher Dienstbarkeiten, hat nach § 137 Satz 1, 2 BGB nur schuldrechtliche Wirkung zwischen den Vertragschließenden.

4. Daß **auch** die im Abs 2 Satz 2 bezeichnete **Änderung des Inhalts** der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, ist gesetzliche Folge aus der gemäß Abs 2 Satz 1 getroffenen Vereinbarung; eine besondere Vereinbarung darüber ist nicht erforderlich.

5. Um eine Änderung des Inhalts, **die eine weitere Belastung des Erbbaurechts enthält**, handelt es sich z. B., wenn nachträglich (gemäß § 877 BGB) das Kapital oder die Zinsen der hypothekarischen Rechte oder die Leistungen der Reallastberechtigung erhöht werden.

6. Bestimmungen sind gegeben in den §§ 6, 8 über die Wirkungen der aus den fraglichen Vereinbarungen sich ergebenden Verfügungsbeschränkungen und in § 7 über den Schutz des Erbbauberechtigten gegen Willkür des Grundstückseigentümers.

§ 6

Ist eine Vereinbarung gemäß § 5 getroffen, so ist eine Verfügung des Erbbauberechtigten über das Erbbaurecht und ein Vertrag, durch den er sich zu einer solchen Verfügung verpflichtet, unwirksam, solange nicht der Grundstückseigentümer die erforderliche Zustimmung erteilt hat[1]).

Auf eine Vereinbarung, daß ein Zuwiderhandeln des Erbbauberechtigten gegen eine nach § 5 übernommene Beschränkung einen Heimfallanspruch begründen soll, kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen[2]).

1. Da nicht nur die zuwider einer Vereinbarung nach § 5 Abs 1 oder nach § 5 Abs 2 ohne Zustimmung (Einwilligung, § 183 BGB) des Grundstückseigentümers erfolgte **Verfügung des Erbbauberechtigten** durch Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts mit einem der im § 5 Abs 2 bezeichneten Rechte **unwirksam** ist, sondern auch der schuldrechtliche **Vertrag auf Übernahme der Verpflichtung** zu einer solchen Verfügung, können auch auf Grund eines derartigen Vertrags vom Vertragsgegner des Erbbauberechtigten gegen diesen keinerlei Rechte, insbesondere auf Erfüllung oder auf Schadensersatz, geltend gemacht werden. Jedoch ist die Unwirksamkeit nur eine vorläufige, schwebende. Die Verfügung oder der schuldrechtliche Vertrag kann durch **nachträgliche Zustimmung** (Genehmigung, § 184 BGB) **des Grundstückseigentümers** wirksam werden; einstweilig sind die Beteiligten gegenseitig gebunden und steht ihnen ein einseitiger Widerruf nicht zu (vgl. RG 64, 154). Aber nach § 15 VO darf im Falle einer Verfügung der Rechtsübergang oder die Belastung erst eingetragen werden, wenn die Zustimmung dem Grundbuchamte nachgewiesen ist. Die Zustimmung bedarf gemäß § 182 BGB nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form. Erfolgt sie nachträglich, so wirkt sie auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück (§ 184 Abs 1 BGB). Wird sie verweigert und auch nicht auf dem in § 7 dem Erbbauberechtigten offen gelassenen Wege ersetzt, so ist die Unwirksamkeit nunmehr eine endgültige.

2. Durch die Bestimmung des Abs 2 ist einer Vereinbarung, daß, wenn der Erbbauberechtigte **einer gemäß § 5 Abs 1 oder 2 getroffenen Vereinbarung** über das Erfordernis der Zustimmung des Grundstückseigentümers zu einer Erbbaurechtsveräußerung oder -belastung **zuwiderhandeln** würde, dem Grundstückseigentümer auch ein **Heimfallanspruch** (§ 2 Nr 4) zustehen solle, die Wirksamkeit gegenüber dem Erbbauberechtigten entzogen (vgl. § 1 A 13).

§ 7

Ist anzunehmen, daß durch die Veräußerung (§ 5 Abs. 1) der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird, und daß die Persönlichkeit des Erwerbers Gewähr für eine ordnungsmäßige Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen bietet, so kann der Erbbauberechtigte verlangen, daß der Grundstückseigentümer die Zustimmung zur Veräußerung erteilt[1]). Dem Erbbauberechtigten kann auch für weitere Fälle ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung eingeräumt werden[2]).

Ist eine Belastung (§ 5 Abs. 2) mit den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vereinbar, und wird der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet, so kann der Erbbauberechtigte verlangen, daß der Grundstückseigentümer die Zustimmung zu der Belastung erteilt[1]).

Wird die Zustimmung des Grundstückseigentümers ohne ausreichenden Grund verweigert, so kann sie auf Antrag des Erbbauberechtigten durch das Amtsgericht ersetzt werden, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist[1]). Die Vorschriften des § 53 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 und des § 60 Abs. 1 Nr. 6 des

Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelten entsprechend[3]).

1. Mit Rücksicht darauf, daß der Grundstückseigentümer auf Grund einer gemäß § 5 Abs 1 oder § 5 Abs 2 getroffenen Vereinbarung durch eine nach der Sachlage nicht gerechtfertigte Versagung der Zustimmung zur Veräußerung oder zur Belastung des Erbbaurechts mit einem der im § 5 Abs 2 bezeichneten Rechte die Freizügigkeit und wirtschaftliche Freiheit des Erbbauberechtigten in unerträglicher Weise einengen und ihm unter Umständen jede Benutzung des durch das Erbbaurecht verkörperten Vermögensgegenstandes zur Kreditgewinnung verwehren könnte, gibt § 7 **unter den im Abs 1 Satz 1 und im Abs 2 bestimmten je zwei Voraussetzungen** (nicht wesentliche Beeinträchtigung oder Gefährdung des mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zweckes und Gewähr der Persönlichkeit des Erwerbers für eine ordnungsmäßige Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt [vgl. die A zu § 2] ergebenden Verpflichtungen bzw. Vereinbarkeit der Belastung mit einer ordnungsmäßigen Wirtschaft) einen **gesetzlichen Anspruch auf die Zustimmung zu der Veräußerung bzw. Belastung** (vgl. Begr zu § 7 d. Entw d. VO). Jedoch schließt er für die Durchsetzung des Anspruchs den ordentlichen Rechtsweg aus und trifft er, um im Interesse des Erbbauberechtigten eine Entscheidung möglichst schleunig und auf einfachem Wege herbeizuführen, im Abs 3 die Bestimmung, daß die **Zustimmung,** wenn sie **ohne ausreichenden Grund,** insbesondere (s. A 2) also trotz Vorliegen der genannten zwei Voraussetzungen, **verweigert** wird, **auf Antrag des Erbbauberechtigten durch das Amtsgericht** des belegenen Grundstücks im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ersetzt werden kann (vgl. Begr a. a. O.).

2. Der schwer verständliche Abs 1 Satz 2 ist beim Zusammenhalt mit Abs 1 Satz 1 und Abs 3 wohl dahin aufzufassen, daß, auch wenn im Falle der Veräußerung des Erbbaurechts die Voraussetzungen des Abs 1 Satz 1 für den gesetzlichen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung nicht vorliegen, doch **dem Erbbauberechtigten für weitere Fälle** ein **Anspruch** auf Erteilung der Zustimmung **eingeräumt werden kann** mit der Maßgabe, daß die weiteren Fälle solche sein müssen, daß die Verweigerung der Zustimmung sich auch, wie stets beim Vorliegen der Voraussetzungen des Abs 1 Satz 1, als ohne ausreichenden Grund erfolgt darstellen kann. Es ist dann Sache des Ermessens des Amtsgerichts, ob es auch in einem solchen weiteren Fall die Zustimmung ersetzen will (str.).

3. Aus der **entsprechenden Geltung des § 53 Abs 1 Satz 1, Abs 2 und des § 60 Abs 1 Nr 6 FGG** folgt: Die Verfügung, durch die vom Amtsgericht auf Antrag des Erbbauberechtigten die Zustimmung des Grundstückseigentümers zu der Veräußerung oder der Belastung des Erbbaurechts ersetzt wird, tritt erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit; bei Gefahr im Verzuge kann das Gericht die sofortige Wirksamkeit der Verfügung anordnen, eine solche Verfügung tritt mit der Bekanntmachung an den Erbbauberechtigten in Wirksamkeit; gegen die erstere Verfügung findet sofortige Beschwerde binnen der Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung an den Beschwerdeführer (den die Zustimmung verweigernden Grundstückseigentümer) beginnt (§§ 16 Abs 1, 2, 22 Abs 4 FGG), an das Landgericht statt; weitere Beschwerde an das Oberlandesgericht im Falle einer Gesetzesverletzung (§ 27 FGG).

§ 8

Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen[1]), sind insoweit unwirksam, als[2]) sie die Rechte des Grundstückseigentümers aus einer Vereinbarung gemäß § 5 vereiteln oder beeinträchtigen würden[3]).

1. Als **Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung, durch den Konkursverwalter** kommen hier, da nach § 11 VO auf das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, namentlich in Betracht die Zwangsversteigerung (§§ 15ff. ZVG) und die Zwangsverwaltung (§§ 146ff. ZVG) des Erbbaurechts im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 866 ZPO) oder auf Betreiben des Konkursverwalters (§ 126 KO; §§ 172—174 ZVG), die Eintragung einer Zwangshypothek (§§ 866, 867 ZPO) und einer Arresthypothek (§ 932 ZPO) auf das Erbbaurecht.

2. Aus den Worten **„insoweit unwirksam, als"** ist nicht zu folgern, daß die betreffende Verfügung nur gegenüber dem in seinen Rechten verletzten Grundstückseigentümer unwirksam ist, und daß, wenn dieser die Unwirksamkeit nicht geltend macht und ihre Feststellung nicht durchsetzt, Dritte die Verfügung als wirksam gelten lassen müssen. Vielmehr ist, wie sich aus dem Zusammenhange des § 8 mit dem sich über Unwirksamkeit von Verfügungen verhaltenden § 6 Abs 1 sowie daraus ergibt, daß § 8 kein gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB enthält, die Unwirksamkeit, ähnlich wie im Falle des § 2113 BGB

(Verfügung des Vorerben über ein Nachlaßgrundstück zum Nachteil des Nacherben) eine absolute in dem Sinne, daß sich auch Dritte, die ein Interesse daran haben, auf sie berufen können, solange der Grundstückseigentümer die Verfügung nicht genehmigt hat. Der durch die genannten Worte eingeleitete Schlußhalbsatz des § 8 bestimmt nur die sachliche Voraussetzung für die Unwirksamkeit. — Der in seinen Rechten verletzte Grundstückseigentümer kann die Beseitigung der Verfügung im Wege der Klage gegen den die Zwangsvollstreckung oder die Arrestvollziehung betreibenden Gläubiger (Widerspruchsklage nach §§ 771, 928 ZPO; vgl. auch § 773) bzw. gegen den Konkursverwalter oder im Wege der Einwendung nach § 766 ZPO (vgl. bezüglich des Konkursverwalters **RG** 37, 398) betreiben. Auch hat im Falle einer Vereinbarung nach § 5 Abs 1 der Vollstreckungsrichter die Einleitung der Zwangsversteigerung abzulehnen, wenn ihm die Genehmigung des Grundstückseigentümers nicht nachgewiesen wird, sowie gegebenenfalls nachträglich gemäß § 28 ZVG zu verfahren.

3. Die **Rechte des Grundstückseigentümers** würden **vereitelt oder beeinträchtigt** werden z. B.: im Falle einer **Vereinbarung nach § 5 Abs 1** (Veräußerung ohne seine Zustimmung unzulässig) durch Zwangsversteigerung des Erbbaurechts, dagegen nicht durch Eintragung einer Zwangshypothek oder Arresthypothek: im Falle einer **Vereinbarung nach § 5 Abs 2** (Belastung ohne seine Zustimmung unzulässig) durch die zuletzt genannten Maßnahmen, dagegen nicht durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung.

3. Erbbauzins

§ 9

Wird für die Bestellung des Erbbaurechts ein Entgelt in wiederkehrenden Leistungen (Erbbauzins) ausbedungen[1], so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Reallasten entsprechende Anwendung[2]. Die zugunsten der Landesgesetze bestehenden Vorbehalte über Reallasten finden keine Anwendung[3].

Der Erbbauzins muß nach Zeit und Höhe für die ganze Erbbauzeit im voraus bestimmt sein[1]. Der Anspruch des Grundstückseigentümers auf Entrichtung des Erbbauzinses kann in Ansehung noch nicht fälliger Leistungen nicht von dem Eigentum an dem Grundstück getrennt werden[4].

Zahlungsverzug des Erbbauberechtigten kann den Heimfallanspruch nur dann begründen, wenn der Erbbauberechtigte mit dem Erbbauzinse mindestens in Höhe zweier Jahresbeträge im Rückstand ist[5].

1. Ein Erbbaurecht kann entgeltlich oder unentgeltlich bestellt werden. Wird es entgeltlich bestellt, so haben die Beteiligten es in der Hand, eine einmalige Abfindung oder, was die allgemein übliche Form der Gegenleistung ist, **ein Entgelt in wiederkehrenden Leistungen (Erbbauzins) auszubedingen,** der aber nach Abs 2 Satz 1 für **die ganze Dauer der Erbbauzeit nach Fälligkeit und Höhe im voraus bestimmt sein muß.** Dieses Erbbauzinsrecht kann, wie aus der im Abs 2 Satz 2 gegebenen Vorschrift, daß es nicht von dem Eigentum an dem Grundstück getrennt werden kann, zu entnehmen ist, nicht für den gegenwärtigen Grundstückseigentümer persönlich, sondern nur für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (vgl. § 1105 Abs 2 mit § 1111 Abs 1 BGB) bestellt werden. Die Bestellung erfolgt gemäß § 873 BGB (§§ 11, 14 VO) durch Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbaurechtsnehmer, die zur Gültigkeit einer Form nicht bedarf (formellrechtlich ist allerdings zur Vornahme der Eintragung die Eintragungsbewilligung des Erbbauberechtigten [§ 19 GBO] in der Form des § 29 GBO zu erklären) und Eintragung in das Erbbaugrundbuch. Hinsichtlich der Frage, ob und inwieweit bei der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung gemäß § 874 BGB Bezug genommen werden kann, vgl. die Bemerkung für die Reallastberechtigung hierüber in § 1105 BGB A 4. Soll nachträglich eine Erhöhung der Zinsbeträge erfolgen, so bedarf es nach §§ 877, 876 Satz 1 BGB außer der genannten Einigung und der Eintragung auch der Zustimmung der der Erbbauzinspflicht im Range nachstehenden Realberechtigten, es sei denn, daß die Erhöhung von vornherein unter genauer ziffernmäßiger Bestimmung der Höhe vertraglich vorgesehen und diese Ausbedingung im Grundbuch vermerkt ist (vgl. Begr zu § 9 d. Entw d. VO). Zur nachträglichen Abminderung des Zinses ist nach § 876 Satz 2 BGB Zustimmung der Realberechtigten an dem Grundstück erforderlich (vgl. BGB § 876 A 1 und hier A 4).

2. Da die **Vorschriften über die Reallasten entsprechende Anwendung** finden sollen, ist zunächst die Vereinbarung über die Erbbauzinspflicht nicht als zum Inhalt des Erbbaurechts

gehörig zu erachten, wie die Vereinbarungen nach § 2 VO, sondern gleichzustellen der Bestellung einer Reallastberechtigung an dem Erbbaurecht für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (§ 1105 BGB). Daraus folgt, daß der ursprüngliche Rang der Erbbauzinspflicht nach § 880 BGB geändert, z. B. einer Hypothek am Erbbaurecht der Vorrang eingeräumt werden kann (vgl. § 10 VO; Begr a. a. O.). Im übrigen ist hervorzuheben, daß für die Einzelzinsen die Vorschriften über Hypothekenzinsen gelten (§ 1107), Rückstände daher in vier Jahren verjähren (§§ 197, 902 Abs 1 Satz 2) und bei Heimfall (§ 2 Nr 4 VO) dinglich erlöschen (§ 1178), während die ganze Erbbauzinspflicht bestehen bleibt (§ 889), und ferner, daß der Erbbauberechtigte für die während der Dauer seines Rechtes fällig werdenden Leistungen auch persönlich haftet (§ 1108).

3. Die **Nichtanwendbarkeit der Vorbehalte zugunsten der Landesgesetze** (vgl. Art 113, 115, 120 EG.BGB; § 1105 A 1 BGB) ergibt, daß auf die Erbbauzinspflicht stets lediglich die Vorschriften des BGB über die Reallasten Anwendung zu finden haben; es soll dadurch der Rechtszustand in den Bundesstaaten vereinheitlicht werden (Begr a. a. O.). Nach § 5 VO zur Behebung der dringendsten Wohnungsnot v. 15. 1. 19 (RGBl 69) kann der Wohnungskommissar bei Belastung eines Grundstücks mit einem Erbbaurecht einen angemessenen Erbbauzins festsetzen.

4. Da der **Anspruch auf noch nicht fällige Leistungen von dem Eigentum am Grundstück nicht getrennt werden kann,** unterliegt er als Bestandteil des Grundstücks (§ 96 BGB) der Haftung für die Hypotheken, kann er nicht, wie die fälligen Leistungen (§§ 398, 1107, 1159, 1280 BGB), abgetreten, verpfändet, gepfändet werden, geht er im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks auf den Ersteher über (§§ 20 Abs 2, 55 Abs 1, 90 Abs 2 ZVG).

5. Nach Abs 3 kann das Heimfallrecht, wenn es für den Fall des Verzugs mit der Leistung der einzelnen Erbbauzinsraten gemäß § 2 Nr 4 vereinbart worden ist (vgl. § 2 A 7), nur geltend gemacht werden, wenn der Erbbauberechtigte mit dem Erbbauzinse **mindestens in Höhe zweier Jahresbeträge,** gleichviel für welche Zeit, **im Rückstande** ist. Es soll durch diese Bestimmung der Erbbauberechtigte gegen eine allzu strenge Handhabung der Heimfallklausel geschützt werden (Begr a. a. O.).

4. Rangstelle

§ 10

Das Erbbaurecht kann nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt werden; der Rang kann nicht geändert werden[1]). Rechte, die zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, bleiben außer Betracht[2]).

Durch landesrechtliche Verordnung können Bestimmungen getroffen werden, wonach bei der Bestellung des Erbbaurechts von dem Erfordernisse der ersten Rangstelle abgewichen werden kann, wenn dies für die vorhergehenden Berechtigten und den Bestand des Erbbaurechts unschädlich ist[3]).

1. Zur Erhaltung des Bestandes des Erbbaurechts im Falle der Zwangsversteigerung des damit belasteten Grundstücks (vgl. § 25 VO) und zur Förderung der Beleihbarkeit ist bestimmt, daß das **Erbbaurecht nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt und der Rang nicht geändert** (§ 880 BGB) **werden kann.** Ist das Grundstück mit Rechten belastet, so müssen die Berechtigten, wenn ein Erbbaurecht bestellt werden soll, diesem gemäß § 880 BGB den Vorrang einräumen. Hat das Grundbuchamt (versehentlich) das Erbbaurecht nicht zur ersten Rangstelle eingetragen, so ist zwar die Eintragung nicht im Sinne des § 54 Abs 1 Satz 2 GBO ihrem Inhalte nach unzulässig, so daß sie von Amts wegen zu löschen wäre, aber es ist nach § 54 Abs 1 Satz 1 GBO wegen der Unrichtigkeit des Ranges des Erbbaurechts ein Widerspruch zugunsten des Erbbauberechtigten von Amts wegen einzutragen.

2. Die Bestimmung, daß die **der Eintragung** zur Erhaltung der Wirksamkeit **nicht bedürfenden Rechte** bei Feststellung der ersten Rangstelle des Erbbaurechts **außer Betracht bleiben,** ist getroffen, weil derartige Rechte leicht übersehen werden könnten (Begr zu § 10 d. Entw. d. VO). Solche Rechte sind z. B. die Notweg- und Überbaurenten (§§ 914, 917 BGB), ferner Grunddienstbarkeiten, die vor Inkrafttreten des BGB bestellt worden sind (vgl BGB § 892 A 3)

3. Von dem **Vorbehalt der Abweichung von dem Erfordernisse der ersten Rangstelle durch landesrechtliche Verordnung,** bei der vornehmlich an die Verfügungsbeschränkungen bei dem gebundenen Grundbesitz (Lehns-, Familienfideikommiß- und Stammgütern) sowie

an voreingetragene Rechte, die den Bestand des Erbbaurechts nicht gefährden, gedacht worden ist (Begr a. a. O.), ist für Preußen durch die VO, betr. die Rangstelle von Erbbaurechten, v. 30. 4. 19 (GS 88) Gebrauch gemacht worden, wonach die Verfügungsbeschränkungen der im Art 15 Abs 1 AG.GBO gedachten Art (Güter, an denen ein Obereigentum besteht, Erbpacht- und Familienfideikommißgüter) sowie die Verfügungsbeschränkung durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers und durch das Recht eines der Bestellung des Erbbaurechts zustimmenden Nacherben nach der vorbezeichneten Richtung außer Betracht bleiben.

5. Anwendung des Grundstücksrechts

§ 11

Auf das Erbbaurecht finden die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften mit Ausnahme der §§ 925, 927, 928 des Bürgerlichen Gesetzbuchs[1]) sowie die Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum entsprechende Anwendung[2]), soweit sich nicht aus dieser Verordnung ein anderes ergibt[1]). Eine Übertragung des Erbbaurechts, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam[3]).

Auf einen Vertrag, durch den sich der Grundstückseigentümer verpflichtet, ein Erbbaurecht zu bestellen, findet der § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung[4]).

1. Über die rechtlichen Folgen, die sich daraus, daß **auf das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften mit Ausnahme der §§ 925, 927, 928 BGB entsprechende Anwendung finden,** hinsichtlich der Art und Weise der Entstehung (insbesondere Begründung durch Rechtsgeschäft), Übertragung, Änderung des Inhalts, Belastung und Beendigung (insbesondere Aufhebung durch Rechtsgeschäft) des Erbbaurechts ergeben, vgl. § 1 A 1. Im allgemeinen ist im übrigen zu bemerken, daß die Anwendung die das Liegenschaftsrecht sowie das Recht der Schuldverhältnisse, soweit es sich auf Grundstücke bezieht, betreffenden Vorschriften des BGB und seiner auf das Liegenschaftsrecht bezüglichen Nebengesetze, insbesondere der GBO, des ZVG, auch der ZPO (hinsichtlich der Zwangsvollstreckung vgl. §§ 864ff., 870 Abs 1; hinsichtlich des Arrests vgl. § 932) umfaßt, sowie die Ausführungsgesetze der Bundesstaaten dazu und ferner die im EG.BGB aufrechterhaltenen, auf das Liegenschaftsrecht bezüglichen Landesgesetze. — Da jedoch nur eine „entsprechende" Anwendung und nur, **soweit sich nicht aus der VO ein anderes ergibt,** stattzufinden hat, gelten die genannten Vorschriften nur insoweit, als sie mit dem Begriffe des Erbbaurechts vereinbar sind. Daher sind z. B. (wie schon nach früherem Recht, so auch jetzt) aus dem BGB nicht anwendbar § 98 Nr 2 (Zubehör eines Landguts), § 919 (Abmarkung). Auch nicht § 905, da der Erbbauberechtigte gemäß § 1 Abs 1 VO (früher § 1012 Abs 1 BGB) nur berechtigt ist, ein Bauwerk auf oder unter der Grundstücksoberfläche zu haben (str.; vgl. RG 72, 305). Ferner kann das Erbbaurecht selbst nicht gemäß §§ 1ff. VO (früher §§ 1012ff. BGB) mit einem Erbbaurecht belastet werden, denn das Erbbaurecht setzt begrifflich voraus, daß ein Grundstück ihm als Baugrund dient (str.; vgl. Mot. BGB 3 S 469, 479; RG 61, 2). — Wohl aber sind aus dem BGB, wie schon früher, anwendbar z. B. § 96 (mit dem Erbbaurecht kann als Bestandteil ein Grundstücksrecht, z. B. eine Überbau- oder Notwegrente gemäß §§ 912ff., verbunden sein; vgl. RG 79, 118; ferner Grunddienstbarkeiten, Vorkaufsrechte), §§ 97, 98 Nr 1 (Zubehör), §§ 99—103 (Früchte, Nutzungen, Lasten), § 232 (Sicherheitsleistung durch Hypothekbestellung), § 416 (Übernahme einer Hypothek), §§ 436, 439, 446, 449, 468, 477 (Pflichten aus einem Kaufvertrage über ein Grundstück), § 503 (Grundstückswiederkauf), §§ 505—510, 513, 514 (Vorkaufsrecht; vgl. dazu § 31 Abs 3 VO), §§ 537, 551, 556, 559—561, 565, 571ff. (Grundstücksmiete; vgl. dazu § 30 VO), § 648 (Sicherungshypothek beim Bauvertrag), § 753 (Gemeinschaftsteilung), §§ 836, 837 (Haftung des Erbbauberechtigten für den durch Einsturz seines Bauwerks entstandenen Schaden), § 867 (Aufsuchung einer Sache), §§ 873ff. (dingliche Verträge, s. § 1 A 1, und sonstige allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken), darunter § 890 (ein Erbbaurecht kann mit einem Grundstück vereinigt werden), §§ 903, 904, 906, 907 (Befugnisse des Eigentümers), § 908 (Einsturzgefahr), § 909 (Vertiefung des Bodens), §§ 912—918 (Überbau, Notweg), § 946 (das Erbbaurecht erstreckt sich auf die mit dem Baugrund als wesentlicher Bestandteil verbundenen Sachen), §§ 1009, 1010 (das Erbbaurecht kann im Miteigentum mehrerer stehen), §§ 1018ff. (Grundstücksbelastungen, im einzelnen s. unten), §§ 1378, 1423, 1445 (Verfügung über Grundstücke nach ehelichem Güterrecht), § 1663 (vermietetes Grundstück des Kindes), § 1807 Abs 1 Nr 1, Abs 2 (Anlegung des Mündelvermögens; vgl. dazu §§ 18—20 VO), § 1821 (Verfügung über Grundstücke des

Mündels). Wegen Anwendung der §§ 94, 95 s. § 12 Abs 2 VO. Insbesondere kann das Erbbaurecht mit Grunddienstbarkeiten (§§ 1018ff.), einem Nießbrauch (§§ 1030ff.), persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1090ff.), einem Vorkaufsrechte (§§ 1094ff.), Reallasten (§§ 1105ff.), Hypotheken, Grund- und Rentenschulden (§§ 1113ff.) belastet werden. Der Nießbraucher an einem Erbbaurecht ist, da hierauf die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden, nach den Bestimmungen über den Nießbrauch an Sachen (§§ 1030ff.), nicht über den Nießbrauch an Rechten (§§ 1068ff.) zu behandeln, und für die Bestellung und die Beendigung des Nießbrauchs greifen nicht die §§ 1069, 925, 1072, sondern die §§ 873, 875, 876, 889 Platz. Die das Erbbaurecht belastenden Rechte erstrecken sich auf das Bauwerk als wesentlichen Bestandteil des Erbbaurechts, gleichviel, ob es dem Erbbauberechtigten oder dem Eigentümer gehört (vgl. § 12 Abs 1 VO). — Anwendbar ist auch jetzt noch, wie früher, § 926, wiewohl die Veräußerung des Erbbaurechts nicht mehr durch Auflassung (§ 925) erfolgt. Es geht daher bei der Übertragung des Erbbaurechts im Zweifel das dem Erbbauberechtigten gehörende Zubehör mit über. — Nicht anzuwenden war schon früher § 98 GBO (landesgesetzlich vorgeschriebene Vorlegung des Veräußerungsvertrags) im Hinblick auf § 20 GBO, der zwischen Auflassung einerseits und Bestellung und Übertragung des Erbbaurechts anderseits unterscheidet; dies gilt jetzt um so mehr, als nun die Anwendung des § 925 BGB (Auflassung) ausgeschlossen ist. — Über Zwangsvollstreckung in ein Erbbaurecht vgl. VO § 24 A 1. — Bei der Anwendung anderer Gesetzesvorschriften als der oben bezeichneten sind Erbbaurechte nur insoweit den Grundstücken gleichzustellen, als dies besonders bestimmt ist (str.). — Über die vorzunehmenden Eintragungen in das nach VO § 14 anzulegende Erbbaugrundbuch vgl. VO § 14 A 1.

2. Die entsprechend anzuwendenden **Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum** sind die §§ 985ff., 1004 BGB auf Herausgabe (Vindikation) und wegen Beeinträchtigung des Rechtes des Erbbauberechtigten (vgl. RG 77, 218).

3. Während die Bestellung des Erbbaurechts unter aufschiebender Bedingung oder Zeitbestimmung, und nur nicht unter auflösender Bedingung zulässig ist (s. VO § 1 A 1), **schließt** § 1 Abs 1 Satz 2 **für** die **Übertragung** des Erbbaurechts die Setzung einer jeden **Bedingung** oder **Zeitbestimmung aus** entsprechend dem § 925 Abs 2 BGB.

4. Schon früher war nach §§ 1015, 1017 BGB anzunehmen, daß **auf den schuldrechtlichen** auf Bestellung oder Übertragung des Erbbaurechts gerichteten **Vertrag § 313 BGB Anwendung** zu finden habe, und zwar nicht nur § 313 Satz 1, wonach der Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Form bedurfte, sondern auch § 313 Satz 2 über die Heilung des Formmangels durch Auflassung, da das Gesetz für die Bestellung und Übertragung, wenn es diese auch nicht als Auflassung bezeichnete (vgl. § 20 GBO), doch die gleiche Form, wie für die Auflassung, erforderte. Jetzt bestimmt VO § 11 Abs 2 zur Beseitigung von Zweifeln ausdrücklich die entsprechende Anwendung des § 313 für den schuldrechtlichen Vertrag auf **Bestellung eines Erbbaurechts.** Da der ganze § 313 für anwendbar erklärt ist, hat auch § 313 Satz 2 dahin zu gelten, daß durch die Einigung über die Bestellung, wiewohl diese keine Auflassung ist (vgl. VO § 1 A 1), der Mangel der Form des schuldrechtlichen Vertrags geheilt wird (vgl. Begr zu § 11 d. Entw d. VO). Aber auch für den schuldrechtlichen Vertrag auf Übertragung des Erbbaurechts ist gleiches anzunehmen, da nach § 11 Abs 1 Satz 1 auch das Recht der Schuldverhältnisse, soweit es sich auf Grundstücke bezieht, Anwendung findet (s. A 1), mithin auch § 313 Satz 1 u. 2 (vgl. Begr a. a. O.).

6. Bauwerk Bestandteile

§ 12

Das auf Grund des Erbbaurechts errichtete Bauwerk gilt als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts[1]). Das gleiche gilt für ein Bauwerk, das bei der Bestellung des Erbbaurechts schon vorhanden ist[2]). Die Haftung des Bauwerkes für die Belastungen des Grundstücks erlischt mit der Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch[3]).

Die §§ 94 und 95 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung[4]); die Bestandteile des Erbbaurechts sind nicht zugleich Bestandteile des Grundstücks[1 2]).

Erlischt das Erbbaurecht, so werden die Bestandteile des Erbbaurechts Bestandteile des Grundstücks[5]).

1. Schon nach früherem Recht war anzunehmen, daß, wenn **das Bauwerk,** wie es in der Regel der Fall ist, vom Erbbaurechtsnehmer **auf Grund des Erbbaurechts errichtet**

worden ist, gemäß § 95 Abs 1 Satz 2 BGB **nicht Bestandteil des** bebauten **Grundstücks, sondern wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts** ist (KGJ 39 B 87; RJA 14, 187). Die Verordnung bestimmt dies nun zur Ausschaltung von Zweifeln ausdrücklich. Hinsichtlich des Eigentums ist die Folge hiervon, daß das Bauwerk nicht gemäß §§ 93, 94 Abs 1 Satz 1, 946 BGB dem Grundstückseigentümer, sondern dem Erbbauberechtigten gehört. Die weitere Folge ist, daß, weil das Erbbaurecht den Grundstücken gleichgestellt (§ 11 VO) und das Bauwerk wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts im Sinne des § 93 BGB ist, das Bauwerk für die Dauer des Erbbaurechts als unbewegliche Sache im Sinne des BGB (vgl. RG 59, 21), nicht als bewegliche Sache zu gelten hat (str.; vgl. RJA 14, 188), das Immobiliarsachenrecht auf es Anwendung findet und es nicht gesondert von dem Erbbaurecht Gegenstand der Verfügung (Veräußerung, Verpfändung, Pfändung) sein kann (str.). Wird über das Erbbaurecht verfügt, so wird auch das Bauwerk von der Verfügung betroffen, z. B. geht es im Falle der Veräußerung, sei es durch Rechtsgeschäft oder im Wege der Zwangsvollstreckung, mit dem Erbbaurecht in das Eigentum des Erwerbers über. Welche Rechtsfolgen sich hinsichtlich des Bauwerks im Falle des Erlöschens oder des Heimfalls des Erbbaurechts ergeben, darüber vgl. A 5. Vorstehendes gilt aber nur dann, wenn das Bauwerk „auf Grund des Erbbaurechts" errichtet worden ist. Hat der Erbbaurechtsnehmer über den ihm durch den Erbbauvertrag zum Bau bestimmten Teil des Grundstücks hinaus gebaut, so wird der über die Grenze des Grundstücksteils hinausreichende Teil des Bauwerks wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (vgl. BGB § 94 A 3) und damit (§ 946 BGB) Eigentum des Grundstückseigentümers. Jedoch werden die Vorschriften über den Überbau (§§ 912ff. BGB) entsprechend anzuwenden sein (vgl. BGB § 912 A 2) und wird danach, wenn der Erbbaurechtsnehmer ohne Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit die Grenze überschritten hat, der hinüberreichende Teil als Bestandteil des ganzen Bauwerks, somit ebenfalls als Bestandteil des Erbbaurechts und daher als Eigentum des Erbbauberechtigten zu erachten sein. Hat der Erbbaurechtsnehmer anders gebaut, als im Erbbauvertrage vorgesehen war, z. B. ein Stockwerk höher, so wird er zwar Eigentümer des ganzen einheitlichen Bauwerks, jedoch kann der Grundstückseigentümer, wenn das Bauwerk in der ihm gegebenen Gestaltung, dem Zwecke des Erbbauvertrags zuwider ist, verlangen, daß das Bauwerk diesem Zwecke entsprechend geändert wird. Ohne Einfluß auf die Bestandteilseigenschaft und die Eigentumserlangung ist es, wenn bereits vor Abschluß des Erbbauvertrags mit dem Bau begonnen worden war, da durch den Vertrag das vorher Hergestellte als in das Erbbaurecht miteinbezogen zu gelten hat (str.).

2. War ausnahmsweise **das Bauwerk bei der Bestellung des Erbbaurechts schon vorhanden,** so **hört** es zwar **auf, Bestandteil des Grundstücks zu sein,** und wird es für die Dauer des Erbbaurechts **ebenfalls wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts,** aber es bleibt (§§ 93, 94 Abs 1 BGB) Eigentum des Grundstückseigentümers (str.; das Eigentum des Grundstückseigentümers ist nur für die Dauer des Erbbaurechts hinsichtlich der Belastungen [A 3] und der Veräußerung des Bauwerks zusammen mit dem Erbbaurecht [s. A 1] beschränkt, das Recht des Erbbauberechtigten ist nicht Sacheigentum, das zufolge der Bestandteilseigenschaft die Bauwerkssache in sich schlösse). Fügt der Erbbauberechtigte Sachen in ein Bauwerk ein, das ein Gebäude ist, so werden sie nicht nach §§ 93, 94, 946 BGB als Bestandteile des Gebäudes und somit des Grundstücks Eigentum des Grundstückseigentümers, sondern sie sind nach § 95 Abs 2, da sie nur zu einem vorübergehenden Zweck eingefügt sind, Sondereigentum des Erbbauberechtigten (str.).

3. Die Rechtsfolge der Eintragung des Erbbaurechts in das Grundbuch, daß die **Haftung des Bauwerks für die Belastungen des Grundstücks erlischt,** mithin nur noch das Grundstück ohne das Bauwerk für diese Belastungen haftet, tritt kraft Gesetzes ein, ohne daß es einer Zustimmung der Realberechtigten bedarf. Ein gewisser Schutz gegen Beeinträchtigung durch diese Rechtsfolge ist den Realberechtigten dadurch gewährt, daß nach § 10 Abs 1 Satz 1 das Erbbaurecht nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt werden kann und daß daher zur Bestellung des Erbbaurechts erforderlich ist, daß sie dem Erbbaurecht den Vorrang einräumen (§ 10 A 1). — Die etwaigen späteren Belastungen des Erbbaurechts (über ihre zulässigen Arten s. § 11 A 1) ergreifen auch das Bauwerk als wesentlichen Bestandteil, gleichviel ob es dem Erbbauberechtigten (s. A 1) oder dem Grundstückseigentümer (s. A 2) gehört.

4. Die **entsprechende Anwendung der §§ 94, 95 BGB auf das Erbbaurecht** kommt hauptsächlich in Betracht, wenn sich das Erbbaurecht gemäß § 1 Abs 2 auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks erstreckt. Nach § 94 Abs 1 werden Erzeugnisse solchen Grundstücksteils (z. B. eines Gartens) und überhaupt des mit dem Erbbaurecht belasteten Grund und Bodens, Samen mit dem Aussäen, Pflanzen mit dem Aussäen wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts und somit (§ 93 BGB) von den Belastungen des Erbbaurechts ergriffen und Eigentum des Erbbauberechtigten, während nach § 95 ein Gebäude oder ein anderes Werk, das in Ausübung eines Rechtes an dem Erbbaurecht (z. B. einer Dienstbarkeit, eines Nießbrauchs an dem Erbbaurecht, s. BGB § 95 A 5) mit dem Erbbaugrund verbunden sowie Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke (s. BGB § 95 A 2) mit dem Erbbau-

grund verbunden oder in das Erbbaugebäude eingefügt worden sind, nicht zu den Bestandteilen des Erbbaurechts gehören, daher im Eigentume des bisherigen Berechtigten bleiben und von den Belastungen des Erbbaurechts nicht umfaßt werden (vgl. Begr zu § 12 des Entw d. VO).

5. Da mit dem **Erlöschen des Erbbaurechts dessen Bestandteile** zu **Bestandteilen des Grundstücks** werden, erlangt (vgl. §§ 93, 946 BGB) der Grundstückseigentümer insbesondere das Bauwerk, auch wenn es ihm nicht schon gehörte (s. A 1, 2), zum freien, durch die Belastungen des Erbbaurechts, die erlöschen, nicht mehr beschränkten Eigentum. Streitig ist, ob unter Erlöschen nur das Erlöschen durch Zeitablauf (§ 27) oder auch das durch Aufhebung (§ 26) zu verstehen ist. Es ist letzteres anzunehmen, da durch den allgemeinen Ausdruck „erlischt" alle Erlöschungsgründe umfaßt werden. — Nach § 34 ist der Erbbauberechtigte nicht berechtigt, das Bauwerk wegzunehmen oder sich Bestandteile des Bauwerks anzueignen. Jedoch im Falle des Erlöschens durch Zeitablauf hat der Erbbauberechtigte einen Anspruch auf Entschädigung, die den bisherigen hypothekarischen oder Reallastgläubigern haftet (§§ 27, 28, 29). — Beim Heimfall (§ 2 Nr 4) bleibt das Bauwerk Bestandteil des auf den Grundstückseigentümer übergehenden Erbbaurechts und bleiben nach § 33 auch die Rechte der genannten Realgläubiger bestehen. — Durch Zwangsversteigerung des Grundstücks wird das Bestehen des Erbbaurechts mit seinen Bestandteilen nicht berührt (vgl. § 25).

§ 13

Das Erbbaurecht erlischt[1]) nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht[2]).

1. Das **Erbbaurecht** kann aber aus den in § 1 A 1 („Beendigung") aufgeführten Gründen (durch Aufhebung, Zeitablauf, Verjährung; nicht mehr, wie früher, durch Eintritt einer auflösenden Bedingung, deren Setzung nicht mehr zulässig ist, oder durch Aufgebot) **erlöschen.**

2. Die mit dem früheren § 1016 BGB übereinstimmende Vorschrift des **Nichterlöschens zufolge Untergangs des Bauwerks** kann aber durch die Beteiligten geändert werden (vgl. OLG 18, 144; Begr zu § 13 d. Entw d. VO). Zulässig ist daher z. B. die Vereinbarung, daß das Erbbaurecht bei Untergang des Bauwerks, spätestens bis zum Ablauf einer bestimmten Zeit erlöschen soll; es handelt sich dabei nicht um Setzung einer auflösenden Bedingung, die nach § 1 Abs 4 nicht (mehr wie früher) zulässig wäre, sondern um (zulässige, s. § 1 A 1) Bestimmung eines Endtermins (str.). — Die früheren Bestandteile des untergegangenen Bauwerks (Baumittelstücke) gehören demjenigen, welcher Eigentümer des Bauwerks war (vgl. §§ 955, 953, 95 Abs 1 Satz 2 BGB). Dies kann der Erbbauberechtigte oder der Grundstückseigentümer sein (s. § 12 A 1, 2). Jedoch auch im letzteren Falle unterliegen die früheren Bestandteile dem bestehen bleibenden Erbbaurecht weiter. Der Erbbauberechtigte kann sie auch zum Aufbau eines neuen Bauwerks verwenden. Veräußern aber darf er sie nicht. — Ist in dem Erbbauvertrage über die Pflicht zur Wiederherstellung nichts bestimmt (vgl. § 2 Nr 1), so liegt eine solche Pflicht weder dem Grundstückseigentümer noch dem Erbbauberechtigten ob. Dieser ist aber, auch wenn das Bauwerk ihm nicht gehört hat, zur Wiederherstellung befugt, da das Erbbaurecht bestehen bleibt (vgl. M.BGB 3, 473).

II. Grundbuchvorschriften

§ 14

Für das Erbbaurecht wird bei der Eintragung in das Grundbuch von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt (Erbbaugrundbuch) angelegt. Im Erbbaugrundbuch soll auch der Eigentümer und jeder spätere Erwerber des Grundstücks vermerkt werden[1]). Bei der Eintragung im Grundbuch des Grundstücks ist zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts auf das Erbbaugrundbuch Bezug zu nehmen[2]).

Das Erbbaugrundbuch ist für das Erbbaurecht das Grundbuch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs[3]). Die Eintragung eines neuen Erbbauberechtigten ist unverzüglich auf dem Blatte des Grundstücks zu vermerken.

1. Während nach dem früheren, durch § 35 VO aufgehobenen § 7 GBO ein besonderes Grundbuchblatt für das auf dem Blatt eines Grundstücks eingetragene Erbbaurecht nur auf Antrag anzulegen war, von Amts wegen nur im Falle der Veräußerung oder Belastung des Rechtes, muß jetzt **für das Erbbaurecht bei der Eintragung in das Grundbuch** stets **von Amts wegen** zugleich auch **ein besonderes Grundbuchblatt** (Erbbaugrundbuch genannt) **angelegt** werden. Nach der Ordnungsvorschrift des Satzes 2 soll in diesem Grundbuch **auch**

der Eigentümer und jeder spätere Erwerber des Grundstücks vermerkt werden. Über die Einrichtung und die Art und Stellen der Eintragungen schreibt für Preußen die preuß. JMBf über die Eintragung von Erbbaurechten v. 25. 3. 19 (JMBl 138) u. a. folgendes vor. Unter Verwendung des gewöhnlichen Formulars für Grundstücke erhält das besondere Grundbuchblatt die nächste fortlaufende Nummer des Grundbuchs, in welchem das belastete Grundstück verzeichnet ist, mit der Aufschrift „Erbbaugrundbuch". In dem Bestandsverzeichnis I (Verzeichnis der Grundstücke) ist der Inhalt des Erbbaurechts nebst späteren Änderungen sowie der Eigentümer des belasteten Grundstücks nebst den späteren Erwerbern zu vermerken, in die erste Abteilung sind der erste Erbbauberechtigte und dessen Nachfolger, in die zweite die Lasten (z. B. Reallasten, auch ein etwaiger Erbbauzins [§ 9 VO]), in die dritte Abteilung die hypothekarischen Rechte einzutragen. — Soll ein Erbbaurecht an einem nach § 90 GBO dem Grundbuchzwange nicht unterliegenden Grundstück bestellt werden, so muß zunächst ein Grundbuchblatt für das Grundstück angelegt werden, damit darauf die Bestellung eingetragen werden kann (vgl. KGJ 26 A 115).

2. **Bei der Eintragung** des Erbbaurechts **im Grundbuch des Grundstücks,** die nach § 873 BGB zur Entstehung des Erbbaurechts notwendig ist (vgl. Begr zu § 14), ist (in Preußen in der zweiten Abteilung, § 1 der in A 1 genannten Verfügung) zu vermerken, daß für den Erbbauberechtigten ein Erbbaurecht bestellt ist. Dabei ist **zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts** nicht auf die Eintragungsbewilligung, sondern auf den Vermerk darüber im **Erbbaugrundbuch** (in Preußen im Bestandsverzeichnis I, s. A 1) **Bezug zu nehmen.** In diesem aber muß der Inhalt des Erbbaurechts vollständig ohne Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung vermerkt, insbesondere müssen auch die Vereinbarungen, die gemäß §§ 2, 5, 7 Abs 1 Satz 2, § 27 Abs 1 Satz 2, § 32 Abs 1 Satz 2 VO zum Inhalte des Erbbaurechts gehören, wiedergegeben werden (vgl. § 3 der in A 1 genannten Verfügung). § 874 BGB findet hier keine Anwendung, weil es sich nicht um Eintragung eines belastenden Rechtes handelt (str.). Ist das Erbbaurecht aufschiebend bedingt oder befristet, so muß die Bedingung oder die Zeit, für welche das Erbbaurecht bestellt ist, im Grundbuch des Grundstücks eingetragen werden, wenn die Bedingung oder Befristung gelten soll (vgl. § 1 der Vf.). Bei der Eintragung von späteren Änderungen des Inhalts des Erbbaurechts ist zur näheren Bezeichnung der Änderungen stets wiederum auf das Erbbaugrundbuch Bezug zu nehmen, während eine Abänderung der etwaigen Zeitdauer ohne solche Bezugnahme einzutragen ist (vgl. § 1 der Vf.). Über Löschung des Erbbaurechts vgl. § 16.

3. Da das **Erbbaugrundbuch für das Erbbaurecht das Grundbuch** im Sinne des BGB ist, steht es unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach §§ 891, 892 BGB und müssen alle Inhaltsänderungen und Rechtsänderungen (Übertragungen, Belastungen, Verfügungsbeschränkungen) darauf eingetragen werden. Besteht ein Widerspruch mit dem Blatt des Grundstücks, so geht dieses hinsichtlich des Bestandes und der Dauer des Rechtes, im übrigen das Erbbaugrundbuch vor (vgl. Begr).

§ 15

In den Fällen des § 5 darf der Rechtsübergang und die Belastung erst eingetragen werden, wenn dem Grundbuchamte die Zustimmung des Grundstückseigentümers nachgewiesen ist[1]).

1. Der Nachweis ist dem Grundbuchamt, dem die Prüfungspflicht in dieser Hinsicht obliegt, durch eine in der Form des § 29 GBO abgegebene Erklärung des Grundstückseigentümers zu führen, daß er die beabsichtigte Veräußerung (§ 5 Abs 1) oder Belastung (§ 5 Abs 2) des Erbbaurechts bewillige (§ 183 BGB) oder genehmige (§ 184 BGB). Ist die Zustimmung durch Beschluß des Amtsgerichts gemäß § 7 Abs 3 ersetzt, so ist der Beschluß vorzulegen.

§ 16

Bei der Löschung des Erbbaurechts wird das Erbbaugrundbuch von Amts wegen geschlossen[1]).

1. Über die Gründe der Beendigung des Erbbaurechts vgl. § 1 A 1. In Betracht kommen hier die Aufhebung durch Rechtsgeschäft (§ 26) und das Erlöschen durch Zeitablauf (§ 27). Im ersteren Falle ist die Löschung im Grundbuch zum Erlöschen des Erbbaurechts notwendig (§ 1 A 1; § 875 BGB), im letzteren Falle stellt sie sich als Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich des außerhalb des Grundbuchs erloschenen Erbbaurechts dar (§ 22 Abs 1 GBO). Die Löschung hat im Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks zu erfolgen (in Preußen in der zweiten Abteilung, § 7 der in § 14 A 1 genannten Verfügung). Jedoch ist sie auch im Erbbaugrundbuch zu vermerken (in Preußen im Bestandsverzeichnis I, § 7 der Vf).

Nach der Ordnungsvorschrift des § 16 ist sodann das Erbbaugrundbuch zu schließen. In Preußen erfolgt die Schließung nach § 19 der Vf zur Ausführung der GBO v. 20. 11. 99 (JMBl 349) in der Fassung der Vf v. 31. 3. 19 (JMBl 207). — Über Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Erbbauberechtigten vgl. § 22 Abs 2 GBO. — Über Eintragung eines Erneuerungsvorrechts im Falle der Löschung des Erbbaurechts vgl. § 31 Abs 4 VO.

§ 17

Jede Eintragung in das Erbbaugrundbuch soll auch dem Grundstückseigentümer, die Eintragung von Verfügungsbeschränkungen des Erbbauberechtigten den im Erbbaugrundbuch eingetragenen dinglich Berechtigten bekanntgemacht werden.

Dem Erbbauberechtigten soll die Eintragung eines Grundstückseigentümers, die Eintragung von Verfügungsbeschränkungen des Grundstückseigentümers sowie die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Eintragung des Eigentümers in das Grundbuch des Grundstücks bekanntgemacht werden.

Auf die Bekanntmachung kann verzichtet werden[1]).

1. § 17 gibt entsprechend dem § 55 GBO Ordnungsvorschriften über die Bekanntmachung der darin bezeichneten Eintragungen an Interessenten und den Verzicht darauf.

III. Beleihung[1]).

1. Mündelhypothek[2]).

§ 18

Eine Hypothek[3]) an einem Erbbaurecht auf einem inländischen Grundstück[4]) ist für die Anlegung von Mündelgeld als sicher anzusehen[5]), wenn sie eine Tilgungshypothek ist und den Erfordernissen der §§ 19, 20 entspricht[3]).

1. Der Abschnitt III verhält sich nur über Hypotheken. Andere Belastungen des Erbbaurechts, die zulässig sind (vgl. darüber § 11 A 1), insbesondere die Beleihung mit Grundschulden oder Rentenschulden, betrifft der Abschnitt nicht. Er gibt also Sonderbestimmungen für die **Beleihung mit einer Hypothek.**

2. Die durch die Überschrift **„Mündelhypothek"** zusammengefaßten §§ 18—20 bestimmen die Voraussetzungen, unter denen eine Hypothek an einem Erbbaurecht als mündelsicher zu gelten hat; der dann unter der Überschrift „Sicherheitsgrenze für sonstige Beleihungen" folgende § 21 erklärt es für zulässig, daß die Hypothekenbanken und die privaten Versicherungsunternehmungen unter Einhaltung der für sie bestehenden Vorschriften über Beleihung von Grundstücken auch Erbbaurechte mit Hypotheken beleihen, wenn die in den §§ 19, 20 aufgestellten Erfordernisse für eine mündelsichere Hypothek an einem Erbbaurecht vorliegen; der dann unter der Überschrift „landesrechtliche Vorschriften" weiter folgende § 22 behält der Landesgesetzgebung vor, abweichende Bestimmungen hinsichtlich der Mündelsicherheit oder der Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen hierfür zu erlassen.

3. Gleichviel ob die Hypothek eine Verkehrshypothek (§§ 1113ff.) oder eine Sicherungshypothek (§§ 1184 ff. BGB) ist. Es muß aber eine **Tilgungshypothek** (Amortisationshypothek, Annuitätenhypothek) sein, d. i. eine Hypothek regelmäßig mit dem Inhalt, daß bis zur vollständigen Tilgung des Kapitals gleichbleibende Jahresleistungen zu entrichten sind, welche Zinsen und Tilgungsraten enthalten. Nach § 20 Nr 1 muß jedoch die planmäßige Tilgung unter Zuwachs der ersparten Zinsen erfolgen (s. § 20 A 1). Ferner muß die Hypothek den übrigen **Erfordernissen der §§ 19, 20** entsprechen. Diese Form der Tilgungshypothek ist erfordert, weil das Erbbaurecht in der Regel ein zeitlich begrenztes Recht ist und infolge Abnutzung des Bauwerks in seinem Werte abnimmt, je mehr es sich seinem Ende nähert, daher der Hypothekengläubiger von vornherein auf rechtzeitige Rückzahlung des gewährten Darlehns bedacht sein muß (Begr zu § 18).

4. Nach § 1807 Abs 1 (Nr 1) BGB soll die Anlegung von Mündelgeldern u. a. nur erfolgen in Forderungen, für die eine sichere Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld an einem inländischen Grundstück besteht. Bisher war es streitig, ob das hier nicht ausdrücklich genannte Erbbaurecht auf Grund des früheren § 1017 Abs 1 BGB auch für die genannte Vorschrift des § 1807 Abs 1 Nr 1 als Grundstück zu gelten hatte. § 18 VO stellt nun das **Erbbaurecht auf einem inländischen Grundstück** dem inländischen Grundstück gleich, aber nur hinsichtlich der Mündelsicherheit einer Hypothek, nicht auch einer Grundschuld oder Rentenschuld.

5. Die Vorschrift, daß die fragliche Hypothek **für die Anlegung von Mündelgeld als sicher anzusehen** ist, gilt nicht nur für den Fall, daß aus Vermögen eines Mündels Gelder in Hypotheken angelegt werden (sog. echte Mündelhypotheken, § 1807 Abs 1 Nr 1 BGB), sondern auch für alle anderen Fälle, in denen von Gesetzen Mündelsicherheit der Hypothek, in der Vermögen angelegt werden soll, erfordert wird, so z. B. nach BGB für die Fälle der §§ 238 Abs 1 (Sicherheitsleistung), 1079, 1083 (Nießbrauch), 1288 Abs 1 Satz 1 (Pfandrecht), 1377 Abs 1, 1525 Abs 2 (eheliches Güterrecht), 1642 (Kindesvermögen), 2119 (Nacherbschaft), ferner für diejenigen Körperschaften und Kreditanstalten, für welche die Vorschriften über die Anlegung von Mündelgeldern maßgebend sind. Vgl. § 26 RVO, § 220 AngVersGes. Hinsichtlich Hypothekenbanken und privaten Versicherungsunternehmungen s. A 2 und § 21. Für den Vormund wird sich sogar eine Tilgungshypothek der hier fraglichen Art in der Regel zur Anlegung von Vermögen seines Mündels als ungeeignet ergeben, weil er neben der Sicherheit auch darauf Bedacht zu nehmen hat, daß sein Mündel möglichst bald nach Aufhören der Vormundschaft über das Kapital verfügen kann (Begr zu § 18).

§ 19

Die Hypothek darf die Hälfte des Wertes des Erbbaurechts nicht übersteigen. Dieser ist anzunehmen gleich der halben Summe des Bauwerts und des kapitalisierten, durch sorgfältige Ermittlung festgestellten jährlichen Mietreinertrags, den das Bauwerk nebst den Bestandteilen des Erbbaurechts unter Berücksichtigung seiner Beschaffenheit bei ordnungsmäßiger Wirtschaft jedem Besitzer nachhaltig gewähren kann. Der angenommene Wert darf jedoch den kapitalisierten Mietreinertrag nicht übersteigen[1]).

Ein der Hypothek im Range vorgehender Erbbauzins ist zu kapitalisieren und von ihr in Abzug zu bringen[2]).

1. Der einer Beleihung zugrunde zu legende **Wert des Erbbaurechts,** dessen **Hälfte die Hypothek,** wenn sie mündelsicher sein soll, **nicht übersteigen darf,** ist gleich dem **arithmetischen Mittel aus Bauwert und kapitalisiertem Mietreinertrag** bestimmt worden, um einerseits zu vermeiden, daß Erbbaurechte mit hohem Ertrags-, aber geringem baulichen Wert hoch beliehen würden und bei einer etwa unvorhergesehenen Minderung des jährlichen Reinertrags der Hypothekengläubiger gefährdet werde, und weil anderseits nur der jährliche Reinertrag, den die auf Grund des Erbbaurechts errichteten **Baulichkeiten mit den etwaigen übrigen Anlagen bei ordnungsmäßiger Wirtschaft jedem Besitzer nachhaltig** (dauernd) **gewähren können,** eine sichere Grundlage für die Wertsbemessung bilden können, weshalb der angenommene **Wert den kapitalisierten Mietreinertrag nicht** soll **übersteigen** dürfen (vgl. Begr zu § 19). Hinsichtlich der Berechnung des Mietreinertrags ist in Anbetracht der Verschiedenheit der örtlichen Verhältnisse davon abgesehen worden, diejenigen Beträge, welche für Abgaben, Verwaltung, Instandsetzung, Abschreibung und etwaige Rücklagen von den Bruttomietzinsen in Abzug zu bringen sind, ein für allemal festzulegen, und ist die Feststellung des für diese Abzüge angemessenen Prozentsatzes der **sorgfältigen Ermittlung** im Einzelfalle überlassen; auch ist von der Einführung eines ein für allemal festbestimmten Kapitalisierungsfaktors Abstand genommen worden, um die Möglichkeit einer Anpassung an den wechselnden allgemeinen Zinsfuß zu gewährleisten (Begr zu § 19).

2. Daß **von der Hypothek der im Range vorgehende kapitalisierte Erbbauzins in Abzug zu bringen** ist, ist dahin zu verstehen, daß nur ein solcher Hypothekenbetrag, der bei der Zusammenrechnung mit dem kapitalisierten (s. A 1) Erbbauzins nicht die Hälfte des Wertes des Erbbaurechts übersteigt, als mündelsicher zu gelten hat. Über Zulässigkeit der Einräumung des Vorrangs der Hypothek vor dem Erbbauzins vgl. § 9 A 2. Behält der Erbbauzins den ersten Rang, so ist eine Gefährdung der Hypothek im Zwangsversteigerungsverfahren auch dann nicht zu besorgen; denn der Erbbauzins kann bei der Zwangsversteigerung des Erbbaurechts nicht zum vollen Kapitalbetrage (wie z. B. eine Rentenschuld) fällig werden, und der Ersteher, also auch der seine Hypothek ausbietende Gläubiger, braucht daher nur mit der Bezahlung der bereits fälligen oder jeweils fällig werdenden Erbbauzinsraten zu rechnen (Begr zu § 19).

§ 20

Die planmäßige Tilgung der Hypothek muß

1. unter Zuwachs der ersparten Zinsen erfolgen[1]),

2. spätestens mit dem Anfang des vierten auf die Gewährung des Hypothekenkapitals folgenden Kalenderjahrs beginnen[2]),

3. spätestens zehn Jahre vor Ablauf des Erbbaurechts endigen[3]) und darf
4. nicht länger dauern, als zur buchmäßigen Abschreibung des Bauwerkes nach wirtschaftlichen Grundsätzen erforderlich ist[4]).

Das Erbbaurecht muß mindestens noch so lange laufen, daß eine den Vorschriften des Abs. 1 entsprechende Tilgung der Hypothek für jeden Erbbauberechtigten oder seine Rechtsnachfolger aus den Erträgen des Erbbaurechts möglich ist[5]).

1. Daß die **planmäßige Tilgung unter Zuwachs der ersparten Zinsen erfolgen muß,** bedeutet: es muß der Tilgungsplan so gestaltet sein, daß von den trotz der durch Zahlung der Tilgungsraten erfolgten allmählichen teilweisen Tilgung des Hypothekenkapitals doch von dem vollen Hypothekenkapital zu entrichtenden Zinsen jeweils diejenigen Teilbeträge, die die Zinsen für das jeweilige Restkapital übersteigen, den Tilgungsraten hinzuzurechnen sind und sie somit ebenfalls zur Kapitaltilgung beitragen.

2. Die Bestimmung des **spätesten Termins für den Beginn der Tilgung von dem Anfang des Kalendervierteljahrs** ab, das **auf die Gewährung des Hypothekenkapitals** (nicht Bestellung der Hypothek) **folgt,** ist einerseits mit Rücksicht auf die vielfache Gepflogenheit der Hinausschiebung des Beginns der ordnungsmäßigen Tilgung getroffen, die bei Pfandbriefdarlehn sogar notwendig ist, da die entstehenden Kursverluste durch ein sog. Zusatzdarlehn gedeckt und vorzugsweise getilgt zu werden pflegen, anderseits, um die rechtliche Sicherheit der Hypothek nicht außer Berücksichtigung zu lassen (Begr zu § 20).

3. Der in den Tilgungsplan nicht einbezogene **Zeitraum der Restdauer des Erbbaurechts** (die sog. Freijahre) soll durch seine Festsetzung auf **mindestens zehn Jahre** so reichlich bemessen sein, daß die Tilgung menschlicher Voraussicht nach noch vor Ablauf des Erbbaurechts erfolgen kann, selbst wenn der Erbbauberechtigte mit einigen Tilgungsbeträgen im Rückstande bleibt und der Gläubiger von einer Zwangsversteigerung des Erbbaurechts zur Beitreibung der Tilgungsrückstände absieht (Begr zu § 20).

4. Die Bestimmung, daß die Tilgung **nicht länger dauern darf, als zur buchmäßigen** (vollständigen) **Abschreibung des Bauwerks,** die **nach wirtschaftlichen Grundsätzen,** gewöhnlich nach fortlaufenden Abzügen von Abnutzungsprozenten von dem Werte des Bauwerks, zu erfolgen hat, **erforderlich ist,** hat ihren Grund darin, daß die Höhe der Tilgung mit dem baulichen Zustande des auf dem Erbbaugelände errichteten Bauwerks in Einklang gebracht und darauf gehalten werden soll, daß nicht ein den Hypothekengläubiger gefährdender Verfall des Bauwerks eintreten kann (Begr zu § 20).

5. Die Vorschrift des Abs 2 dient dem Interesse des das Hypothekendarlehn aufnehmenden Erbbauberechtigten und seiner etwaigen Rechtsnachfolger: es soll die **Dauer des Erbbaurechts mindestens noch so lange** ausstehen, daß es ihnen in jedem Falle möglich ist, das Hypothekenkapital gemäß den Vorschriften des Abs 1 **aus den Erträgen des Erbbaurechts** vollständig **zu tilgen.**

2. Sicherheitsgrenze für sonstige Beleihungen

§ 21

Erbbaurechte können nach Maßgabe der §§ 11, 12 des Hypothekenbankgesetzes vom 13. Juli 1899 (Reichs-Gesetzbl. S. 375) von Hypothekenbanken und nach Maßgabe des § 60 des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 (Reichs-Gesetzbl. S. 139) von privaten Versicherungsunternehmungen beliehen werden, wenn

1. der Wert des Erbbaurechts auch nach § 19 Abs. 1 ermittelt ist,
2. eine dem § 20 Abs. 1 entsprechende Tilgung vereinbart wird und
3. die Dauer des Erbbaurechts den Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 entspricht.

Auf einen der Hypothek im Range vorgehenden Erbbauzins ist die Vorschrift des § 19 Abs. 2 entsprechend anzuwenden[1]).

1. Früher war es streitig, ob Hypothekenbanken nach Maßgabe der §§ 11, 12 des Ges. v. 13. 7. 99 und private Versicherungsunternehmungen nach Maßgabe des Ges. v. 12. 5. 01 auch Erbbaurechte hypothekarisch beleihen durften. § 21 VO bestimmt nun die Zulässigkeit solcher Beleihungen von Erbbaurechten mit Hypotheken in der Weise, daß außer den für diese

Anstalten nach den genannten Vorschriften bereits geltenden gesetzlichen Grundsätzen die in den §§ 19 Abs 1, 2, 20 Abs 1, 2 VO für mündelsichere Hypotheken an Erbbaurechten aufgestellten Erfordernisse (s. die Anmerkungen zu diesen Paragraphen) mit Rücksicht auf die gesonderen wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse des Erbbaurechts Anwendung zu finden haben. Daraus ergibt sich insbesondere hinsichtlich der Ermittlung des Wertes des zu beleihenden Erbbaurechts, daß neben den hierfür in jenen Gesetzesvorschriften gegebenen Bestimmungen, wonach der bei der Beleihung angenommene Wert des Grundstücks, hier also des Erbbaurechts, den durch sorgfältige Ermittlung festgelegten Verkaufswert nicht übersteigen darf, auch die Wertermittlungsvorschriften des § 19 VO für die Beleihung durch die genannten Anstalten maßgebend sind. Es darf daher z. B. die Beleihung eines Erbbaurechts durch diese Anstalten in der nach § 19 VO ermittelten Höhe dann nicht erfolgen, wenn der Verkaufswert des Erbbaurechts aus besonderen Gründen niedriger anzunehmen ist, etwa weil gleichartige Erbbaurechte dauernd zu niedrigerem Preise verkauft worden sind (Begr zu § 21).

3. Landesrechtliche Vorschriften

§ 22

Die Landesgesetzgebung kann für die innerhalb ihres Geltungsbereichs belegenen Grundstücke

1. **die Mündelsicherheit der Erbbaurechtshypotheken abweichend von den Vorschriften der §§ 18 bis 20 regeln,**
2. **bestimmen, in welcher Weise festzustellen ist, ob die Voraussetzungen für die Mündelsicherheit (§§ 19, 20) vorliegen[1]).**

1. Der Vorbehalt unter Nr 1 soll wegen der Verschiedenheit der in den einzelnen Landesgesetzen gegebenen Sicherheitsgrenzen für mündelsichere Hypotheken der Landesgesetzgebung die Möglichkeit abweichender Regelung der Mündelsicherheit von Erbbaurechtshypotheken offenhalten, während durch den Vorbehalt unter Nr 2 mit Rücksicht darauf, daß reichsgesetzliche Vorschriften über das Verfahren zur Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen der Mündelsicherheit bisher nicht bestehen, die Regelung dieses Verfahrens der Landesgesetzgebung überlassen werden soll (Begr zu § 22). In Preußen wird daher z. B. das Schätzungsamtsgesetz v. 8. 6. 18, sobald es in Kraft getreten sein wird (vgl. § 27), hinsichtlich der Schätzung des Wertes eines Erbbaurechts für die Beleihung Anwendung zu finden haben.

IV. Feuerversicherung Zwangsversteigerung

1. Feuerversicherung

§ 23

Ist das Bauwerk gegen Feuer versichert, so hat der Versicherer den Grundstückseigentümer unverzüglich zu benachrichtigen, wenn ihm der Eintritt des Versicherungsfalls angezeigt wird[1]).

1. Die Bestimmung, daß im Falle der **Versicherung des Bauwerks gegen Feuer** (vgl. §§ 81 bis 107 des VersVG v. 30. 5. 08) **nach Anzeige des Eintritts des Versicherungsfalls** (vgl. § 92 des Ges.) durch den Versicherungsnehmer (Erbbauberechtigten) **der Versicherer** (die Versicherungsgesellschaft) **den Grundstückseigentümer unverzüglich** (vgl. § 121 BGB) **zu benachrichtigen** hat, ist zum Schutz des Grundstückseigentümers getroffen, um zu verhüten, daß die Versicherungssummen ohne sein Wissen an die Gläubiger der Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden auf dem Erbbaurecht (vgl. über die Erstreckung der Hypotheken usw. auf die Forderung gegen den Versicherer §§ 1127, 1128, 1130, 1192, 1200 BGB und über die Zahlung der Versicherungssummen an solche Gläubiger §§ 99—107 des Ges) oder an den Versicherungsnehmer (Erbbauberechtigten) ausgezahlt werden (vgl. Begr zu § 23). Der Grundstückseigentümer hat aber auch insofern ein Interesse an der Benachrichtigung, als er daraufhin sogleich Schritte unternehmen kann, um den Erbbauberechtigten zur alsbaldigen Wiederherstellung des Bauwerks zu veranlassen, namentlich wenn die Verpflichtung zur Versicherung des Bauwerks und zu seinem Wiederaufbau im Falle der Zerstörung gemäß § 2 Nr 2 VO zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht worden ist. Unterläßt der Versicherer die unverzügliche Benachrichtigung, so kann er dem Grundstückseigentümer für den dadurch ihm entstehenden Schaden nach § 823 BGB ersatzpflichtig sein.

2. Zwangsversteigerung.

a) des Erbbaurechts.

§ 24

Bei einer Zwangsvollstreckung in das Erbbaurecht[1]) gilt auch der Grundstückseigentümer als Beteiligter im Sinne des § 9 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (Reichs-Gesetzbl. 1898, S. 713)[2]).

1. Die **Zwangsvollstreckung in ein Erbbaurecht** kann nach § 11 VO, §§ 866ff., 870 Abs 1, 932 ZPO, §§ 1ff., 146ff. ZVG durch Eintragung einer Zwangs-Sicherungshypothek oder durch Eintragung einer Arrest-Höchstbetragshypothek oder durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung erfolgen. Jedoch sind nach § 8 VO Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgen, insoweit unwirksam, als sie die Rechte des Grundstückseigentümers aus einer etwaigen Vereinbarung gemäß § 5 vereiteln oder beeinträchtigen würden. Vgl. hierüber die A zu § 8 VO.

2. Da der **Grundstückseigentümer,** weil er durch die Durchführung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung in das Erbbaurecht mitberührt wird, **auch als Beteiligter im Sinne des § 9 ZVG gilt,** ist er zu dem Verfahren zuzuziehen und stehen ihm in diesem Verfahren die sonst einem Beteiligten zustehenden Rechte zu, namentlich hinsichtlich der Feststellung des geringsten Gebots und der Versteigerungsbedingungen gemäß §§ 59ff., des Verlangens der Sicherheitsleistung des Bieters nach § 67 Abs 1, der Beschwerde gegen den Zuschlag nach § 97 Abs 1 ZVG.

b) des Grundstücks.

§ 25.

Wird das Grundstück zwangsweise versteigert, so bleibt das Erbbaurecht auch dann bestehen, wenn es bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt ist[1]).

1. Da nach der Regelvorschrift des § 10 Abs 1 Satz 1 das Erbbaurecht nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt und dieser Rang auch während der Dauer des Erbbaurechts nicht geändert werden kann, wird es nur in den Ausnahmefällen des § 10 Abs 1 Satz 2 oder der durch landesrechtliche Verordnung etwa gemäß § 10 Abs 2 hinsichtlich der Rangstelle getroffenen abweichenden Bestimmung vorkommen können, daß die **Zwangsversteigerung des** mit dem Erbbaurecht belasteten **Grundstücks** wegen eines dem Erbbaurecht im Range vorgehenden oder gleichstehenden Rechtes betrieben wird und daß daher **das Erbbaurecht nicht in das geringste Gebot** (§ 44 ZVG) **fällt.** Auch dann soll das Erbbaurecht nicht aus dem Bargebot berichtigt werden (§ 49 ZVG), sondern ebenfalls **bestehen bleiben.** Zweck dieser Bestimmung wie der des § 10 Abs 1 Satz 1 ist, die Beleihbarkeit der Erbbaurechte zu fördern, indem gegenüber den sonstigen Wirkungen der Zwangsversteigerung des Grundstücks der Bestand des Erbbaurechts und der der etwaigen hypothekarischen Rechte daran für jeden Fall sichergestellt werden (Begr zu § 10).

V. Beendigung, Erneuerung, Heimfall

1. Beendigung

a) Aufhebung

§ 26

Das Erbbaurecht kann nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers aufgehoben werden. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder dem Erbbauberechtigten gegenüber zu erklären; sie ist unwiderruflich[1]).

1. Durch § 11 Abs 1 Satz 1 VO ist der rein einseitige Verzicht des Erbbauberechtigten auf sein Recht nach § 928 BGB ausgeschlossen. Gleichwohl kann eine freiwillige **Aufhebung des Erbbaurechts** als eines Rechtes an einem Grundstück gemäß § 875 BGB durch die Erklärung des Erbbauberechtigten, daß er sein Recht aufgebe (s. § 1 A 1 unter „Beendigung"), und die Löschung des Rechtes im Grundbuche des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks (s. hierüber § 16 A 1) erfolgen. Ist das Erbbaurecht mit Rechten Dritter belastet, so bedarf

es dazu nach § 876 BGB der Zustimmung der Dritten (s. § 1 A 1 a. a. O.). § 26 erfordert weiter die **Zustimmung des Grundstückseigentümers,** weil er durch die Aufhebung geschädigt werden kann. Die entsprechend dem § 876 Satz 3 BGB **dem Grundbuchamt oder dem Erbbauberechtigten gegenüber** abzugebende, mit dem Zugehen an das Grundbuchamt oder den Erbbauberechtigten (vgl. § 130 Abs 1, 3 BGB) **unwiderrufliche** Zustimmungserklärung bedarf zur Wirksamkeit keiner Form; sie kann daher auch nur mündlich oder privatschriftlich gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Erbbauberechtigten abgegeben werden (vgl. BGB § 875 A 7, 8 mit § 876 A 6, 7). Von dem Wesen der Zustimmung gilt das nämliche wie von dem der vorbezeichneten Zustimmung der Drittberechtigten. Vgl. hierüber BGB § 876 A 3. Formellrechtlich ist zur Vornahme der Löschung die Zustimmungserklärung in der Form des § 29 Satz 1 GBO dem Grundbuchamt nachzuweisen. — Über die Wirkung des Erlöschens des Erbbaurechts durch die Aufhebung: auf das Bauwerk und die sonstigen Bestandteile des Erbbaurechts vgl. §§ 12 A 5, 34 A 1; auf Miet- oder Pachtverträge, die der Erbbauberechtigte abgeschlossen hat, vgl. § 30 Abs 1 und A 1 dazu.

b) Zeitablauf

§ 27.

Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf[1]), so hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten[2]). Als Inhalt des Erbbaurechts können Vereinbarungen über die Höhe der Entschädigung und die Art ihrer Zahlung sowie über ihre Ausschließung getroffen werden[3]).

Ist das Erbbaurecht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt, so muß die Entschädigung mindestens zwei Dritteile des gemeinen Wertes betragen, den das Bauwerk bei Ablauf des Erbbaurechts hat. Auf eine abweichende Vereinbarung kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen[4]).

Der Grundstückseigentümer kann seine Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung dadurch abwenden, daß er dem Erbbauberechtigten das Erbbaurecht vor dessen Ablauf für die voraussichtliche Standdauer des Bauwerkes verlängert; lehnt der Erbbauberechtigte die Verlängerung ab, so erlischt der Anspruch auf Entschädigung. Das Erbbaurecht kann zur Abwendung der Entschädigungspflicht wiederholt verlängert werden[5]).

Vor Eintritt der Fälligkeit kann der Anspruch auf Entschädigung nicht abgetreten werden[3]).

1. Ist **das Erbbaurecht,** wie in der Regel, befristet, so **erlischt** es **mit** dem **Ablauf der bestimmten Zeit** (dem Eintritt des festgesetzten Endtermins oder der Beendigung der vereinbarten Zeitdauer) von selbst, ohne daß es einer Erklärung der Beteiligten bedarf. Das Grundbuch, das das Erbbaurecht als bestehend aufführt, wird unrichtig. Der Grundstückseigentümer kann von dem Erbbauberechtigten gemäß § 894 BGB Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des Erbbaurechts verlangen. Jedoch wird er in der Regel solcher Zustimmung nicht bedürfen. Vielmehr wird er, da aus dem Ablauf der Zeit sich das Erlöschen von selbst ergibt, nach §§ 22 Abs 1, 24 GBO in der Regel ohne weitere Nachweise die Löschung herbeiführen können. Über die Ausführung der Löschung vgl. § 16 A 1. Die Folge des Erlöschens ist, daß auch die auf dem Erbbaurecht etwa noch lastenden Rechte erlöschen. Die Realberechtigten mußten auch in Anbetracht des festgesetzten Endtermins oder der bestimmten Zeitdauer von vornherein mit diesem Erlöschen rechnen. Jedoch bestimmt § 29, um die Beleihbarkeit der Erbbaurechte zu fördern, zugunsten der darin bezeichneten Realgläubiger, daß sich ihre Rechte an der nach § 27 Abs 1, 2 in der Regel von dem Grundstückseigentümer zu leistenden Entschädigung für das Bauwerk fortsetzen. Über das Schicksal des Bauwerks infolge des Erlöschens des Erbbaurechts vgl. §§ 12 A 5, 34 A 1. Über den Einfluß des Erlöschens auf Miet- und Pachtverträge, die der Erbbauberechtigte abgeschlossen hat, vgl. § 30 VO und die Anmerkungen dazu. — Anders sind die Folgen, die eintreten in den Fällen der Verlängerung, der Erneuerung, des Heimfalls des Erbbaurechts. Vgl. hierüber §§ 27 Abs 3, 31 Abs 1, 3, 33 und die Anmerkungen dazu.

2. Die Bestimmung, daß der **Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten hat,** ist im Interesse der Allgemeinheit getroffen,

um die ordnungsmäßige Instandhaltung, insbesondere der errichteten Gebäude, hinreichend zu gewährleisten, indem der Erbbauberechtigte bis zum letzten Augenblick der Dauer seines Rechtes an der ordnungsmäßigen Instandhaltung des Bauwerks dadurch interessiert wird, daß sich die Höhe seines Entschädigungsanspruchs nach dem zur Zeit des Erlöschens des Erbbaurechts vorhandenen Wert des Bauwerks richtet (vgl. Begr vor § 1; § 1 A 9). Können sich der Grundstückseigentümer und der Erbbauberechtigte über die Höhe der Entschädigung nicht einigen, so wird im Prozesse die Entschädigung nach dem gemeinen Wert des Bauwerks (s. Abs 2) zu bemessen sein. In Abs 2 ist für die dort behandelten Fälle eine Mindesthöhe bestimmt. Ein Verzicht des Erbbauberechtigten auf Entschädigung ist, da nach Abs 1 Satz 1 „der Grundstückseigentümer eine Entschädigung zu leisten hat" und sich nach § 29 das Recht der dort bezeichneten Realgläubiger auf den Entschädigungsanspruch erstreckt, jedenfalls ohne Zustimmung dieser Realgläubiger nicht wirksam. Nach dem Zwecke des § 29, den Realgläubigern einen Ersatz für das bisherige Pfandobjekt zu gewähren, ist auch anzunehmen, daß, wenn der Erbbauberechtigte in Zusammenwirken mit dem Grundstückseigentümer den Entschädigungsanspruch nicht geltend macht oder zu niedrig vereinbart, die betreffenden Realgläubiger auf Feststellung einer angemessenen Entschädigung gegen den Grundstückseigentümer zu klagen berechtigt sind. — Als Voraussetzung für das Bestehen des Entschädigungsanspruchs aber ist zu erachten, daß das Bauwerk auf Grund des Erbbaurechts errichtet ist, da, wenn das Bauwerk bei Begründung des Erbbaurechts bereits vorhanden war, es im Eigentum des Grundstückseigentümers verblieben ist (vgl. jedoch § 12 A 2 darüber, daß es streitig ist, ob nicht auch im letzteren Falle das Eigentum an dem Bauwerk auf den Erbbaurechtsnehmer übergeht).

3. Sind gemäß der Zulassung in Abs 1 Satz 2 **Vereinbarungen** der dort bezeichneten Art **als Inhalt des Erbbaurechts getroffen** und in das Grundbuch des belasteten Grundstücks und in das Erbbaugrundbuch eingetragen (vgl. § 14 A 2), so haben sie dingliche Wirkung. Insbesondere müssen auch eine von vornherein getroffene Vereinbarung **über die Höhe der Entschädigung** sowie eine etwaige **Ausschließung** der Entschädigungspflicht die Rechtsnachfolger des Erbbaurechtsnehmers und die im § 29 bezeichneten Realgläubiger (s. A 2) gegen sich gelten lassen. Jedoch ist in den Fällen des Abs 2 Satz 1 nach Abs 2 Satz 2 eine Ausschließung der Entschädigungspflicht nicht zulässig (s. A 4). — Nach Abs 4 **kann der Anspruch auf Entschädigung vor Eintritt der Fälligkeit nicht abgetreten werden.** Daraus folgt, daß eine frühere Abtretung unwirksam ist, daß sie auch nicht etwa durch Zustimmung der Realgläubiger des § 29 Wirksamkeit erlangt (str.), und ferner nach § 851 Abs 1 ZPO, daß der noch nicht fällig gewordene Anspruch auch nicht von Gläubigern des Erbbauberechtigten wirksam gepfändet werden kann. Fällig wird der Anspruch mit dem Eintritt des Endtermins des Erbbaurechts, sofern nicht durch eine als Inhalt des Erbbaurechts getroffene Vereinbarung **über die Art der Zahlung** die Fälligkeit weiter hinausgesetzt ist. Wird dann der Anspruch, über dessen dingliche Sicherung § 28 Bestimmung trifft, abgetreten oder gepfändet (über die Form der Übertragung und der Pfändung s. § 28 A 1), so erlangt der Abtretungsempfänger ihn nur belastet mit den Rechten der Realgläubiger des § 29 bzw. gehen diese Rechte dem Pfändungsgläubiger vor.

4. Eine von dem Grundstückseigentümer mit dem Erbbauberechtigten getroffene **Vereinbarung,** die eine **Abweichung von der Bestimmung der Mindesthöhe** der Entschädigung bei **Erbbaurechten zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise** nach Abs 2 Satz 1 enthält, ist, da sich **der Grundstückseigentümer nicht darauf berufen kann,** dem Erbbauberechtigten wie den Realgläubigern des § 29 gegenüber unwirksam (vgl. § 1 A 13), daher auch eine gänzliche Ausschließung einer Entschädigung. Der Grund für diese Bestimmungen ist, daß der Erbbauberechtigte an der ordnungsmäßigen Instandhaltung der betreffenden im Interesse der Allgemeinheit errichteten Wohnhäuser besonders dadurch interessiert sein soll, daß er **bei** dem **Ablauf des Erbbaurechts** auf eine Entschädigung von mindestens **zwei Dritteilen des gemeinen Wertes** zu dieser Zeit unter allen Umständen Anspruch hat.

5. Soll ein Erbbaurecht über die ursprünglich gesetzte Zeitdauer hinaus verlängert werden, so bedarf es dazu, weil es sich um eine Änderung des Inhalts handelt, gemäß §§ 877, 873, 876 BGB der Einigung zwischen Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigten und der Eintragung der Verlängerung in das Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks und das Erbbaugrundbuch (vgl. § 1 A 1 unter „Inhaltsänderung", § 14 A 2) sowie der Zustimmung der Realberechtigten am Grundstück (nicht auch der Realberechtigten an dem Erbbaurecht, da ihnen die Verlängerung nur günstig ist; str.). — Mit Rücksicht darauf, daß für die Grundstückseigentümer, insbesondere die Gemeinden, die eine größere Zahl von Erbbaurechten zu Wohnzwecken mit gleicher Ablaufszeit bestellt haben, die bei Ablauf der Erbbaurechte entstehende Verpflichtung zur Zahlung einer Reihe von ziemlich bedeutenden Entschädigungssummen vielleicht Schwierigkeiten im Gefolge haben könnte (vgl. Begr zu § 27), bestimmt Abs 3, daß der **Grundstückseigentümer seine Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung** nach Abs 1 oder nach Abs 2 dadurch **abwenden** kann, daß er dem Erbbauberech-

tigten **vor Ablauf des Erbbaurechts** dessen **Verlängerung für die voraussichtliche Standdauer des Bauwerks** anbietet, gestattet auch, um Weiterungen bei der Abschätzung der voraussichtlichen Standdauer zu vermeiden (Begr zu § 27), eine **wiederholte Verlängerung.** Nimmt der Erbbauberechtigte das Angebot an, so hat die Verlängerung, damit sie dingliche Wirkung hat, in der vorbezeichneten Weise zu erfolgen. Es bleibt dann das Erbbaurecht einerseits mit allen seinen Rechten, anderseits mit seinen Belastungen bestehen. Glaubt der Erbbauberechtigte, etwa weil er vor Ablauf des Erbbaurechts wirtschaftliche Maßnahmen in Erwartung des Empfangs der Entschädigungssumme getroffen hat, nun das Erbbaurecht nicht selbst behalten zu können, so mag er es nach der Verlängerung veräußern (Begr zu § 27). **Lehnt** er aber ernstlich die **Verlängerung ab, so erlischt der Anspruch auf Entschädigung,** und zwar nicht nur für ihn, sondern auch für die Realgläubiger des § 29, die damit rechnen mußten.

§ 28

Die Entschädigungsforderung haftet auf dem Grundstück an Stelle des Erbbaurechts und mit dessen Range[1]).

1. Die Bestimmung ist dahin zu deuten, daß die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten aus § 27 kraft Gesetzes an die Stelle des bisher auf dem Grundstück lastenden, nunmehr durch Zeitablauf erloschenen Erbbaurechts tritt und wie dieses, insbesondere mit dessen Rang, also nach § 10 Abs 1 Satz 1 in der Regel an erster Rangstelle, auf dem Grundstück lastet. Da es sich um eine außerhalb des Grundbuchs ohne weiteres, insbesondere ohne Mitwirkung der Beteiligten, sich vollziehende Umwandlung eines das Grundstück belastenden Rechtes in ein anderes belastendes Recht handelt, wird das Grundbuch, das diese Umwandlung nicht aufweist, unrichtig, und da weiter die Entschädigungsforderung, weil sie an die Stelle eines eingetragenen dinglichen Rechtes tritt und trotz ihres an sich nur schuldrechtlichen Charakters wie ein dingliches Recht auf dem Grundstück lasten soll, für eintragungsfähig zu erachten ist, so kann der Erbbauberechtigte Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Umwandlung gemäß § 22 Abs 1 GBO beantragen oder, wenn er dem Grundbuchamt nicht die nötigen Nachweise erbringen kann, von dem Grundstückseigentümer Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 BGB verlangen. Daß die Eintragung in der Gestalt einer Hypothek, insbesondere einer Sicherungshypothek (§§ 1184ff. BGB) zu erfolgen hätte, dafür bietet die Verordnung keinen Anhalt (str.). Insbesondere ist weder bestimmt, daß, entsprechend etwa dem § 1287 Satz 2 BGB oder dem § 868 Abs 2 ZPO, das Erbbaurecht sich in eine Sicherungshypothek für die Entschädigungsforderung umwandle, noch, etwa entsprechend dem § 648 BGB, daß dem Erbbauberechtigten ein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek zustehe; es ist auch Derartiges nicht als beabsichtigt anzusehen, da, wie aus den den Realgläubigern in § 29 an der Entschädigungsforderung gewährten Rechten (s. § 29 A 2) zu entnehmen ist, an eine nur vorübergehende Grundstücksbelastung gedacht worden ist. Vielmehr wird, indem man sich lediglich an den Wortlaut des § 28 hält, die Eintragung in das Grundbuch über das mit dem Erbbaurecht belastet gewesene Grundstück in der Weise zu bewirken sein, daß an derselben Stelle, an der das Erbbaurecht eingetragen war (in Preußen in Abteilung II, § 14 A 2), vermerkt wird, es sei an die Stelle des erloschenen Erbbaurechts mit dessen Rang die Entschädigungsforderung getreten (vgl. § 31 A 5 über die Eintragung der Vormerkung zur Erhaltung des Erneuerungsvorrechts bei Löschung des Erbbaurechts). Daraus ergibt sich dann weiter, daß die Übertragung und die Pfändung wie bei einer Reallast, der das Eingetragene am nächsten steht, zu erfolgen haben, also die Übertragung gemäß § 873 BGB durch Einigung zwischen dem Erbbauberechtigten und dem Erwerber, die zur Gültigkeit keiner Form bedarf, und Eintragung, und die Pfändung durch Gläubiger des Erbbauberechtigten unter entsprechender Anwendung des § 857 Abs 6 in Verbindung mit §§ 829, 830 Abs 1 Satz 2 ZPO durch Pfändungsbeschluß und Eintragung der Pfändung in das Grundbuch. Über die Eintragung der Rechte der Realgläubiger des § 29 s. dort A 2.

§ 29

Ist das Erbbaurecht bei Ablauf der Zeit, für die es bestellt war, noch mit einer Hypothek oder Grundschuld oder mit Rückständen aus Rentenschulden oder Reallasten belastet[1]), so hat der Gläubiger der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder Reallast an dem Entschädigungsanspruch dieselben Rechte, die ihm im Falle des Erlöschens seines Rechtes durch Zwangsversteigerung an dem Erlöse zustehen[2]).

1. Die bei Ablauf der Zeit des Erbbaurechts noch etwa dieses belastenden Rechte (in der Regel werden Belastungen schon vorher berichtigt und aufgehoben sein, insbesondere etwaige

Tilgungshypotheken, vgl. § 20 Abs 1 Nr 3, § 21 Nr 2) erlöschen zugleich mit dem Erlöschen des Erbbaurechts durch den Zeitablauf (vgl. § 27 A 1). Jedoch **Hypotheken** (§§ 1113ff.), **Grundschulden** (§§ 1191ff.), **Rückstände aus Rentenschulden** (§ 1200 Abs 1) und **Rückstände aus Reallasten** (§§ 1105, 1107 BGB; dazu gehört auch ein etwaiger rückständiger Erbbauzins des Grundstückseigentümers selbst nach § 9 VO) erfassen nunmehr den dem Erbbauberechtigten nach § 27 gegen den Grundstückseigentümer in der Regel (s. § 27 A 1, 2, 3) zustehenden Anspruch auf Entschädigung für das Bauwerk, der nach § 28 an die Stelle des Erbbaurechts tritt (s. § 28 A 1).

2. Diejenigen **Rechte,** die einem Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuld- oder Reallastgläubiger **im Falle des Erlöschens seines Rechtes durch Zwangsversteigerung** (also durch Zuschlag, § 91 ZVG) **an dem Erlöse zustehen,** kennzeichnen sich nach dem aus den §§ 10, 37 Nr 8, 92, 109 ZVG sich ergebenden Grundsatze als Rechte auf Befriedigung aus dem an die Stelle des versteigerten Grundstücks (hier des Erbbaurechts) tretenden Versteigerungserlös (richtiger: an der Forderung des Vollstreckungsschuldners, hier des Erbbauberechtigten, auf Zahlung des bar zu entrichtenden Erlöses gegen den Ersteher), die im Verhältnisse zu anderen Rechten am Grundstück (hier an dem Erbbaurecht), namentlich hinsichtlich des Ranges, den Versteigerungserlös (die Forderung gegen den Ersteher) in denselben Grenzen der Befugnisse und Beschränkungen ergreifen, wie sie für das nun erloschene dingliche Recht aus dem Stande der Belastungen folgten (vgl. hierüber BGB § 1168 A 1). Diese Rechte werden hier dem genannten Gläubiger an dem an die Stelle des Erbbaurechts getretenen Entschädigungsanspruch gewährt, wie wenn das Erbbaurecht zwangsversteigert, das Recht des Gläubigers durch den Zuschlag erloschen wäre, der Grundstückseigentümer den Zuschlag erhalten und er in Höhe des Entschädigungsanspruchs einen Versteigerungserlös in bar zu entrichten hätte, der zunächst dem Erbbauberechtigten als dem bisherigen Inhaber des Erbbaurechts zustände. Da im § 29 VO nicht angeordnet ist, daß ein Verteilungsverfahren nach §§ 105ff. ZVG stattzufinden habe, verbleibt es dabei, daß der Entschädigungsanspruch an sich dem Erbbauberechtigten zusteht. Wird der Entschädigungsanspruch an Stelle des erloschenen Erbbaurechts in das Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belastet gewesenen Grundstücks für den Erbbauberechtigten eingetragen (s. § 28 A 1), so ist zugleich zu vermerken, daß dem Gläubiger wegen seines erloschenen Rechtes ein Recht auf Befriedigung aus dem Anspruch zustehe. Ist dies unterblieben, so kann der Gläubiger von dem Erbbauberechtigten gemäß § 894 BGB Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung seines Befriedigungsrechts verlangen. Er wird auch, wenn die Eintragung des Entschädigungsanspruchs nicht herbeigeführt worden ist, von dem Grundstückseigentümer Zustimmung zu dieser Eintragung und zugleich von dem Erbbauberechtigten Zustimmung zu der Eintragung des Befriedigungsrechts beanspruchen können. Das Befriedigungsrecht ist gleichzustellen dem Pfandrecht an einer Forderung (vgl. in den §§ 1277, 1282 Abs 2 BGB „Befriedigung aus der Forderung zu suchen"). Da der Entschädigungsanspruch in der Regel sogleich fällig ist (s. § 27 A 3), ist der Gläubiger gemäß §§ 1282, 1228 Abs 2 BGB zur Einziehung des Anspruchs berechtigt und kann der Grundstückseigentümer nur an ihn leisten. Steht mehreren Realgläubigern ein Befriedigungsrecht zu, so ist nach § 1290 BGB nur derjenige zur Einziehung berechtigt, dessen Befriedigungsrecht den übrigen Befriedigungsrechten vorgeht. Das Rangverhältnis unter den mehreren Realgläubigern richtet sich nach dem Range der erloschenen Rechte. — Über Erlöschen der Rechte an dem Anspruche im Falle der Erneuerung des Erbbaurechts vgl. § 31 Abs 5.

§ 30

Erlischt das Erbbaurecht, so finden auf Miet- und Pachtverträge, die der Erbbauberechtigte abgeschlossen hat, die im Falle der Übertragung des Eigentums geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung[1]).

Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf, so ist der Grundstückseigentümer berechtigt, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen. Die Kündigung kann nur für einen der beiden Termine erfolgen, für die sie zulässig ist. Erlischt das Erbbaurecht vorzeitig, so kann der Grundstückseigentümer das Kündigungsrecht erst ausüben, wenn das Erbbaurecht auch durch Zeitablauf erlöschen würde.

Der Mieter oder Pächter kann den Grundstückseigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch mache. Die Kündigung kann nur bis zum Ablauf der Frist erfolgen[2]).

1. Veräußert der **Erbbauberechtigte** das Erbbaurecht, so finden auf die **Miet- oder Pachtverträge,** die er über seine Besitzzeit hinaus bezüglich des Bauwerks oder eines etwaigen Nebengeländes (§ 1 Abs 2) **abgeschlossen** hat, **die** zur Durchführung des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miete" **in den §§ 571—579, 581 Abs 2 BGB** (§§ 573, 574 in der Fassung des Ges. v. 8. 6. 15) für den Fall der Veräußerung eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks **gegebenen Vorschriften** über den Eintritt des Erwerbers in das Miet- oder Pachtverhältnis und die Wirksamkeit von Verfügungen des Vermieters oder Verpächters über den Miet- oder Pachtzins gegenüber dem Erwerber, sowie den Schutz des Mieters oder Pächters bei Entrichtungen des Miet- oder Pachtzinses gemäß § 11 VO Anwendung. Einer Veräußerung steht es gleich, wenn das Erbbaurecht an den Grundstückseigentümer heimfällt (§ 2 Nr 4 VO), so daß, wenn auch eine Bestimmung hierüber nicht gegeben ist, doch die genannten Vorschriften, insbesondere die zum Schutze des Mieters oder Pächters, auf das Verhältnis des Erbbauberechtigten, des Grundstückseigentümers und des Mieters oder Pächters untereinander ohne weiteres entsprechend anwendbar sind (Begr zu § 30). Gleiche **entsprechende Anwendung** schreibt § 30 Abs 1 VO für die Fälle, in denen **das Erbbaurecht** durch Aufhebung (§ 26) oder durch Zeitablauf (§ 27) **erlischt,** also das vermietete oder verpachtete Bauwerk oder Nebenland in das freie Eigentum des Grundstückseigentümers übergeht (vgl. § 12 A 5), zum Schutze des Mieters oder Pächters und auch im allgemein wirtschaftlichen Interesse sowohl wie in demjenigen des Erbbauberechtigten vor, weil er sonst für die letzte Zeit der Dauer seines Erbbaurechts keinen Mieter oder Pächter finden dürfte (Begr zu § 30). Die Abs 2 u. 3 geben Sondervorschriften für den Fall des Erlöschens durch Zeitablauf.

2. Wird das Erbbaurecht zwangsversteigert, so finden, wenn es einem Mieter oder Pächter überlassen ist, gemäß § 57 ZVG, § 11 VO die Vorschriften der §§ 571, 572, des § 573 Satz 1 und der §§ 574, 575 BGB (vgl. A 1) nach Maßgabe der §§ 57a, 57b ZVG (in der Fassung des Ges. v. 8. 6. 15) entsprechende Anwendung. Nach § 57a ZVG insbesondere ist der Ersteher berechtigt, **das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist,** die sich ergibt für die Miete aus § 565 Abs 1 Satz 1, Abs 4 BGB (vorzeitige Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Frist spätestens am dritten Werktage eines Kalendervierteljahrs nur für den Schluß des Vierteljahrs) und für die Pacht aus § 595 Abs 1, 2 BGB (vorzeitige Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Frist spätestens am ersten Werktage des letzten halben Jahres für den Schluß des Pachtjahrs), **zu kündigen,** und ist die Kündigung ausgeschlossen, wenn sie nicht für den ersten Termin erfolgt, für den sie zulässig ist. — § 30 Abs 2, 3 VO behandelt den Fall des **Erlöschens des Erbbaurechts durch Zeitablauf** (§ 27) ähnlich dem Falle der Zwangsversteigerung hinsichtlich der Kündigungsbefugnis, indem diese dem Grundstückseigentümer wie einem Ersteher gewährt wird (vgl. auch über die ähnliche Behandlung dieses Falles des Erlöschens wie die der Zwangsversteigerung § 29 A 2). Jedoch schreibt Abs 2 Satz 2 in Abweichung von § 57a ZVG vor, daß die **Kündigung des Grundstückseigentümers nur für einen der beiden ersten Termine, für den sie zulässig ist, erfolgen kann.** Ferner ist im Abs 2 Satz 2 für den Fall, daß das Erbbaurecht **schon vor Ablauf der** ihm gesetzten **Zeit erlischt** (z. B. durch Aufhebung nach § 26), bestimmt, daß das **Kündigungsrecht** von dem Grundstückseigentümer **erst beim Eintritt des Endtermins,** in dem das Erbbaurecht durch Zeitablauf erlöschen würde, **ausgeübt werden kann.** Weiter ist im Abs 3 dem Mieter oder Pächter die Befugnis zur **Setzung einer angemessenen Frist,** die keiner Form bedarf, gegenüber dem Grundstückseigentümer **zur Erklärung** mit der Folge gewährt, daß nach Ablauf der ungenutzten Frist die Kündigung nicht mehr zulässig ist.

2. Erneuerung

§ 31

Ist dem Erbbauberechtigten ein Vorrecht auf Erneuerung des Erbbaurechts eingeräumt (§ 2 Nr. 6), so kann er das Vorrecht ausüben, sobald der Eigentümer mit einem Dritten einen Vertrag über Bestellung eines Erbbaurechts an dem Grundstück geschlossen hat[1]). Die Ausübung des Vorrechts ist ausgeschlossen, wenn das für den Dritten zu bestellende Erbbaurecht einem anderm wirtschaftlichen Zwecke zu dienen bestimmt ist[2]).

Das Vorrecht erlischt drei Jahre nach Ablauf der Zeit, für die das Erbbaurecht bestellt war[3]).

Die Vorschriften der §§ 505 bis 510, 513, 514 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung[4]).

Dritten gegenüber hat das Vorrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung des Erbbaurechts[5]). Die §§ 1099 bis 1102 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten entsprechend[6]). Wird das Erbbaurecht vor Ablauf der drei Jahre (Abs. 2) im Grundbuch gelöscht, so ist zur Erhaltung des Vorrechts eine Vormerkung mit dem bisherigen Range des Erbbaurechts von Amts wegen einzutragen[5]).

Soweit im Falle des § 29 die Tilgung noch nicht erfolgt ist, hat der Gläubiger bei der Erneuerung an dem Erbbaurechte dieselben Rechte, die er zur Zeit des Ablaufs hatte. Die Rechte an der Entschädigungsforderung erlöschen[7]).

1. Ein dem Erbbauberechtigten gemäß § 2 Nr 6 eingeräumtes **Erneuerungsvorrecht** bei Ablauf der dem Erbbaurecht gesetzten Zeitdauer gehört zum Inhalt des Erbbaurechts; daher (vgl. § 2 A 2) geht es auf die Nachfolger des Erbbaurechtsnehmers über und wirkt es gegen die Besitznachfolger des das Erbbaurecht bestellenden Grundstückseigentümers. Über die Wirkung gegenüber Dritten s. A 5. Während durch eine Verlängerung des Erbbaurechts die Zeitdauer eines bestehenden Erbbaurechts im Wege der Inhaltsänderung weiter hinausgerückt wird (vgl. § 27 A 5) und bei einem Vorkaufsrecht am Erbbaurecht dem Vorkaufsberechtigten die Befugnis zusteht, in einen vom Erbbauberechtigten mit einem Dritten über das bestehende Erbbaurecht geschlossenen Kaufvertrag einzutreten, gewährt das Erneuerungsvorrecht **dem Erbbauberechtigten,** dessen Erbbaurecht endigt, **das Recht, in** einen **Vertrag** zwischen dem Grundstückseigentümer und einem Dritten **über Bestellung eines neuen Erbbaurechts einzutreten,** sobald er rechtsgültig abgeschlossen ist.

2. Eine die Ausübung des Vorrechts ausschließende Bestimmung des für den Dritten neu zu bestellenden Erbbaurechts **zu einem anderen wirtschaftlichen Zweck** liegt z. B. vor, wenn das bisherige Erbbaurecht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise diente (vgl. § 27 Abs 2), das neue Erbbaurecht dagegen dem Betriebe eines Gewerbes in dem Bauwerk dienen soll.

3. Nach der im Abs 2 gesetzten **Ausschlußfrist** steht dem Erbbauberechtigten, wenn drei Jahre seit dem Erlöschen seines Erbbaurechts verstrichen sind, nicht mehr das Recht zu, in einen dann vom Grundstückseigentümer mit einem Dritten geschlossenen Vertrag über Bestellung eines neuen Erbbaurechts einzutreten. Über Eintragung einer Vormerkung für das Recht in den drei Jahren vgl. A 7.

4. Da durch die Bestimmung der **entsprechenden Anwendung der** für das persönliche Vorkaufsrecht gegebenen **Vorschriften der §§ 505—510, 513, 514 BGB** diese als Inhalt des dinglichen Erneuerungsvorrechts zu gelten haben und der Inhalt dinglicher Rechte nicht der freien Vereinbarung unterliegt, so sind diese Vorschriften, wiewohl sie an sich dem Rechte der Schuldverhältnisse angehören und daher insoweit nachgiebiges Recht sind, für das Erneuerungsvorrecht zwingend, so daß eine davon abweichende Vereinbarung unwirksam ist (vgl. für das dingliche Vorkaufsrecht BGB § 1098 A 2). — Im übrigen ist bezüglich der Anwendung der einzelnen Vorschriften folgendes hervorzuheben. Die Ausübung des Erneuerungsvorrechts erfolgt durch eine einer Form nicht bedürfende Erklärung des Erbbauberechtigten gegenüber dem Grundstückseigentümer, womit zwischen ihnen der neue Erbbauvertrag unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen zustande kommt (§ 505). Eine Abhängigmachung des Vertrags von der Nichtausübung oder ein Vorbehalt des Rücktritts für den Fall der Ausübung des Erneuerungsvorrechts ist dem Erbbauberechtigten gegenüber unwirksam (§ 506). Ist im Falle der Vereinbarung einer Gegenleistung dem Dritten für diese Stundung gewährt, so muß der Erbbauberechtigte, wenn er die Stundung in Anspruch nimmt, Sicherheit leisten, es sei denn, daß für die Gegenleistung eine Hypothek an dem Erbbaurecht bestellt wird (§ 509). Jedoch führt, wenn die Gegenleistung in einem Erbbauzins (§ 9 VO) besteht, die entsprechende Anwendung dazu, daß an die Stelle der Hypothek die Eintragung des Erbbauzinses tritt. Der Grundstückseigentümer hat dem Erbbauberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen, es wird aber diese Mitteilung durch die des Dritten ersetzt; das Erneuerungsvorrecht kann nur bis zum Ablauf von zwei Monaten nach dem Empfange der Mitteilung ausgeübt werden (§ 510 Abs 1, Abs 2 Satz 1); ist als Inhalt des Erneuerungsvorrechts eine Frist für Ausübung bestimmt, so tritt diese Frist an die Stelle der zweimonatlichen Frist (§ 510 Abs 2 Satz 2; die gesetzliche Frist für das Erlöschen des Vorrechts in § 31 Abs 2 VO kommt hier nicht in Betracht). § 514 BGB ist mit Rücksicht darauf, daß das Erneuerungsvorrecht zum Inhalt des vererblichen Erbbaurechts gehört (s. A 1), dahin entsprechend anwendbar, daß das Erneuerungsvorrecht nicht für sich allein, ohne das Erbbaurecht, übertragbar, wohl aber vererblich ist, wenn es nicht ausdrücklich nur für eine bestimmte Person bestellt worden ist.

5. Die Bestimmung, daß das Erneuerungsvorrecht, das als Inhalt des Erbbaurechts (s. A 1) im Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks eingetragen sein muß (s. § 14 A 2), **Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung des Erbbaurechts** hat, entspricht der für das dingliche Vorkaufsrecht im § 1098 Abs 2 BGB gegebenen Vorschrift (vgl. dort A 5). Aus der Bestimmung folgt gemäß § 883 Abs 2, 3 BGB, daß, wenn der Grundstückseigentümer mit einem Dritten einen neuen Erbbauvertrag abgeschlossen und darauf der Erbbauberechtigte sein Erneuerungsvorrecht ausgeübt, er somit einen Anspruch auf Einräumung des Erbbaurechts erlangt hat, die trotzdem von dem Grundstückseigentümer vorgenommene Bestellung des neuen Erbbaurechts an seinem Grundstück für den Dritten dem Erbbauberechtigten gegenüber unwirksam ist, da durch diese Verfügung sein genannter Anspruch vereitelt würde, und ferner, daß wenn das Grundstück von dem Eigentümer freiwillig oder gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung mit andern Rechten (z. B. Vertragshypotheken, Zwangshypotheken, Arresthypotheken) belastet wird, diese Verfügungen dem Erbbauberechtigten gegenüber ebenfalls unwirksam sind, da sein Anspruch auf Einräumung des Erbbaurechts zur ersten Rangstelle (§ 10 Abs 1 Satz 1 VO) dadurch beeinträchtigt würde. Nach § 888 BGB kann der Erbbauberechtigte von dem Erwerber des Erbbaurechts oder seinen etwaigen Nachfolgern Zustimmung zu seiner Eintragung als Erbbauberechtigter und von den Erwerbern der das Grundstück belastenden Rechte Zustimmung zur Löschung der Rechte oder Rangrücktritt verlangen. — Diese Wirkung des als Inhalt des Erbbaurechts eingetragenen Erneuerungsvorrechts besteht solange, als das Erbbaurecht selbst noch nicht im Grundbuch gelöscht ist. **Wird das Erbbaurecht** vor Ablauf der im Abs 2 für das Erlöschen des Vorrechts bestimmten Frist **gelöscht,** so ist zur Erhaltung des Vorrechts nunmehr eine wirkliche **Vormerkung** mit dem bisherigen Range des Erbbaurechts **von Amts wegen einzutragen.** In Preußen erfolgt nach § 7 Abs 2 der in VO § 14 A 1 genannten JMVerfügung in der nämlichen zweiten Abteilung, in der das Erbbaurecht eingetragen war, die Eintragung der Vormerkung unter der nächsten freien Nummer mit der Angabe, daß die Vormerkung den bisherigen Rang des Erbbaurechts hat.

6. Hinsichtlich der Rechtsfolgen, die sich aus der **entsprechenden Anwendung der §§ 1099 bis 1102 BGB** ergeben, ist hervorzuheben, daß, wenn der Grundstückseigentümer das neue Erbbaurecht für den Dritten bestellt und dieser es weiterveräußert hat, ohne daß bisher dem Erneuerungsberechtigten von dem neuen Erbbauvertrage Mitteilung gemacht ist, der weitere Erwerber die Mitteilung mit der im § 510 Abs 2 bestimmten Wirkung (s A 4) machen kann (§ 1099 Abs 1 BGB), und daß in dem genannten Falle der Grundstückseigentümer, nachdem nachträglich dem Erneuerungsberechtigten jene Mitteilung gemacht worden ist, den weiteren Erwerber zu benachrichtigen hat, sobald die Ausübung des Erneuerungsvorrechts erfolgt oder zufolge ungenützten Ablaufs der in § 510 Abs 2 bezeichneten Frist (s. A 4) ausgeschlossen ist (§ 1099 Abs 2 BGB). Die §§ 1100—1102 BGB kommen in dem genannten Falle, wenn der Erneuerungsberechtigte von seinem Rechte Gebrauch macht, hinsichtlich der Erstattung oder der Verpflichtung zur Berichtigung einer etwa für die Bestellung des neuen Erbbaurechts vereinbarten Gegenleistung zur Anwendung.

7. Nach Abs 5 **leben im Falle der Erneuerung** des Erbbaurechts **die Rechte der im § 29 bezeichneten Realgläubiger,** die mit dem Erlöschen des alten Erbbaurechts durch Zeitablauf erloschen waren (s. § 27 A 1) und sich in die im § 29 genannten Rechte an dem Anspruch auf Entschädigung für das Bauwerk umgesetzt hatten (s. § 27 A 2, § 29 A 2), **wieder auf,** soweit sie nicht inzwischen getilgt sind, und belasten sie nun in ihrer früheren Gestalt und in ihren früheren Rangverhältnissen das neue Erbbaurecht kraft Gesetzes. Die Gläubiger können die Wiedereintragung ihrer Rechte auf das neue Erbbaurecht im Wege der Berichtigung des Grundbuchs (§ 894 BGB, § 22 GBO) verfolgen. Dagegen **erlöschen ihre Rechte an der Entschädigungsforderung.** Diese wird, wenn nicht ein anderes verabredet wird, auch für den Erbbauberechtigten hinfällig.]

3. Heimfall

§ 32

Macht der Grundstückseigentümer von seinem Heimfallanspruche Gebrauch[1]), so hat er dem Erbbauberechtigten eine angemessene Vergütung für das Erbbaurecht zu gewähren[2]). Als Inhalt des Erbbaurechts können Vereinbarungen über die Höhe dieser Vergütung und die Art ihrer Zahlung sowie ihre Ausschließung getroffen werden[3]).

Ist das Erbbaurecht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt, so darf die Zahlung einer angemessenen

Vergütung für das Erbbaurecht nicht ausgeschlossen werden. Auf eine abweichende Vereinbarung kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen. Die Vergütung ist nicht angemessen, wenn sie nicht mindestens zwei Dritteile des gemeinen Wertes des Erbbaurechts zur Zeit der Übertragung beträgt[3]).

1. Die Vorschriften des § 32 sowie auch die des sich anschließenden § 33 gelten nur dann, wenn der **Grundstückseigentümer von dem** ihm etwa nach § 2 Nr 4 als Inhalt des Erbbaurechts zustehenden **Heimfallanspruch Gebrauch macht,** wenn er also, weil die im Erbbauvertrage bestimmte Voraussetzung für die Verpflichtung zur Übertragung eingetreten sei (z. B. der Erbbauberechtigte eine ihm obliegende Verbindlichkeit, deren Nichterfüllung als Voraussetzung bestimmt worden war, nicht erfüllt habe), Übertragung des Erbbaurechts an ihn oder gemäß § 3 an einen von ihm bezeichneten Dritten verlangt. Erfolgt die Übertragung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer ohne eine solche Rechtspflicht auf Grund freiwilliger Verständigung, so finden die §§ 32, 33 keine Anwendung; das Erbbaurecht geht zwar auch dann, trotz der Vereinigung mit dem Grundeigentum in einer Person, gemäß § 889 BGB nicht unter, aber ob und welche Vergütung (§ 32; Gegenleistung) dem Grundstückseigentümer obliegt, bestimmt sich lediglich nach dem Übertragungsvertrage, und alle an dem Erbbaurecht bestehenden dinglichen Rechte, nicht bloß die im § 33 als bestehen bleibend genannten, bleiben durch die Übertragung unberührt.

2. Es ist **von dem Grundstückseigentümer** nicht bloß, wie nach § 27 im Falle des Erlöschens des Erbbaurechts durch Zeitablauf, eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten, sondern **eine angemessene Vergütung für das** ganze **Erbbaurecht dem Erbbauberechtigten zu gewähren,** da hier das von dem Erbbaurecht mitumfaßte Recht auf die Bodenbenutzung selbst ebenfalls an den Grundstückseigentümer zurückfällt (Begr zu § 32). Der Grund dafür, daß dem Grundstückseigentümer, wiewohl gemäß dem Inhalt des Erbbauvertrags das Erbbaurecht an ihn zurückfällt, doch die Verpflichtung zur Gewährung einer angemessenen Vergütung auferlegt ist, besteht, wie bezüglich der Verpflichtung zur Leistung der Entschädigung des § 27 (s. dort A 2), darin, daß im Interesse der Allgemeinheit die ordnungsmäßige Instandhaltung des Bauwerks hinreichend gewährleistet werden soll, indem der Erbbauberechtigte an der Instandhaltung deswegen besonders interessiert ist, weil sich die Höhe der angemessenen Vergütung nach dem vorhandenen gemeinen Wert des Erbbaurechts zur Zeit der Übertragung (s. § 32 Abs 2 Satz 3) richtet (Begr vor § 1). — Eine dingliche Sicherung des Vergütungsanspruchs ist nicht, wie nach § 28 (s. dort A 1) hinsichtlich des genannten Entschädigungsanspruchs, vorgesehen, anderseits auch nicht, daß die Rechte der im § 29 bezeichneten Realgläubiger sich, wie auf den Entschädigungsanspruch (s. § 29 A 1, 2), auf den Vergütungsanspruch erstrecken, auch ist eine Beschränkung der Abtretbarkeit nicht, wie nach § 27 Abs 4 (s. dort A 3) hinsichtlich des Entschädigungsanspruchs, bestimmt.

3. Sind gemäß der Zulassung in Abs 1 Satz 2 **Vereinbarungen** der dort bezeichneten Art **als Inhalt des Erbbaurechts** getroffen und in das Grundbuch des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks und in das Erbbaugrundbuch eingetragen (vgl. § 14 A 2), so haben sie dingliche Wirkung. Insbesondere gelten auch eine von vornherein getroffene Vereinbarung **über die Höhe der Vergütung** sowie auch eine etwaige **Ausschließung** der Vergütungspflicht für bzw. gegen die Rechtsnachfolger des das Erbbaurecht bestellenden Grundstückseigentümers und des Erbbaurechtsnehmers. Jedoch ist im Falle eines **Erbbaurechts gemäß Abs 2 Satz 1** die **Ausschließung einer angemessenen Vergütung,** die nach Abs 2 Satz 3 nur dann gegeben ist, wenn sie **mindestens beträgt zwei Dritteile des gemeinen Wertes** des Erbbaurechts zur Zeit der Übertragung (s. über die Erfordernisse der Übertragung § 2 A 7), gemäß Abs 2 Satz 1, 2, da sich der **Grundstückseigentümer nicht auf eine abweichende Vereinbarung berufen kann** (vgl. § 1 A 13), dem Erbbauberechtigten gegenüber unwirksam.

§ 33

Beim Heimfall des Erbbaurechts bleiben die Hypotheken, Grund- und Rentenschulden und Reallasten bestehen[1]), soweit sie nicht dem Erbbauberechtigten selbst zustehen[2]). Dasselbe gilt für die Vormerkung eines gesetzlichen Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek sowie für den Bauvermerk (§ 61 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909, Reichs-Gesetzbl. S. 449)[3]). Andere auf dem Erbbaurechte lastende Rechte erlöschen[4]).

Haftet bei einer Hypothek, die bestehen bleibt, der Erbbauberechtigte zugleich persönlich, so übernimmt der Grundstückseigentümer die Schuld in

Höhe der Hypothek. Die Vorschriften des § 416 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung. Das gleiche gilt, wenn bei einer bestehenbleibenden Grundschuld oder bei Rückständen aus Rentenschulden oder Reallasten der Erbbauberechtigte zugleich persönlich haftet.

Die Forderungen, die der Grundstückseigentümer nach Abs. 2 übernimmt, werden auf die Vergütung (§ 32) angerechnet[5]).

1. Zu den **Reallasten** (§ 1105 BGB), die außer den **Hypotheken** (§§ 1113ff.), **Grund- und Rentenschulden** (§§ 1191, 1199 BGB) an dem nicht erlöschenden Erbbaurecht (s. § 2 A 7) **bestehen bleiben,** gehören auch Überbau- und Notwegrenten nach § 914 Abs 3, 917 Abs 2, die auf dem Erbbaurecht etwa lasten, sowie nach § 9 Abs 1 Satz 1 VO ein auf dem Erbbaurecht für den Grundstückseigentümer selbst eingetragener Erbbauzins. Eine dem Grundstückseigentümer selbst an dem Erbbaurecht zustehende Hypothek verwandelt sich nach § 1177 BGB in eine Eigentümergrundschuld oder -hypothek (letzteres z. B., wenn die Hypothek für fremde Schuld bestellt war).

2. Unter den genannten, das Erbbaurecht belastenden Rechten, die **dem Erbbauberechtigten selbst zustehen** könnten, kommen hauptsächlich die etwa auf den Erbbauberechtigten gemäß § 1143 oder § 1163 (Gläubigerbefriedigung) oder § 1168 (Gläubigerverzicht) als Eigentümergrundschulden oder -hypotheken (§ 1177 BGB) übergegangenen Hypotheken in Betracht (vgl. auch §§ 868, 932 ZPO). Sie bleiben nicht bestehen, sondern erlöschen. Gleiches gilt aber nicht von Rechten, die zugunsten des Erbbaurechts (für den jeweiligen Erbbauberechtigten) an dem Grundstück begründet worden sind, wie z. B. Wegegerechtigkeiten und sonstige Dienstbarkeiten; sie bleiben trotz der Vereinigung des Erbbaurechts mit dem Grundstückseigentum in einer Person nach § 889 BGB bestehen.

3. Ein **gesetzlicher Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek,** dessen **Vormerkung** nach Abs 1 Satz 2 ebenso wie die in Satz 1 bezeichneten Rechte bestehen bleibt, besteht z. B. nach § 648 BGB für den Unternehmer des Bauwerks wegen seiner Forderungen aus dem Bauvertrage. — Der nach § 61 des Ges. v. 1. 6. 09, wenn das Gebäude von dem Erbbauberechtigten errichtet werden soll, auf das Erbbaugrundbuch einzutragende **Bauvermerk** hat gemäß § 11 Abs 2 die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des mit seiner Eintragung für die Baugläubiger erwachsenen Anspruchs auf Eintragung einer Bauhypothek. — Andere Vormerkungen erlöschen, z. B. auch solche zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Erbbaurechts. Jedoch gilt dies nicht von Vormerkungen, welche die nach Abs 1 Satz 1 bestehen bleibenden Rechte betreffen und das Erbbaurecht nicht unmittelbar belasten (z. B. zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung der Rechte). Sie bleiben ebenso wie Widersprüche, die sich gegen die Rechte richten, mit dem Bestehenbleiben der Rechte ebenfalls bestehen.

4. **Andere auf dem Erbbaurecht lastende Rechte,** die **erlöschen,** sind z. B. Dienstbarkeiten (§§ 1018, 1030, 1090), Vorkaufsrechte (§ 1094). Wegen der Vormerkungen und Widersprüche s. A 3, und wegen der Miet- und Pachtverträge s. § 30 A 1.

5. Ist der **Erbbauberechtigte zugleich der persönliche Schuldner** der Hypothekenforderung oder der Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld etwa dient (vgl. BGB § 1191 A 1), oder der Forderung auf Rückstände aus Rentenschulden oder Reallasten (vgl. § 1108 BGB), so wird der Grundstückseigentümer (dem im Falle des § 3 der Dritterwerber gleichzustellen ist), ähnlich wie der Ersteher nach § 53 ZVG, als **dem Erbbauberechtigten gegenüber die Schuld übernehmend,** durch Abs 2 erklärt. Es muß dann entsprechend dem § 416 BGB verfahren werden, wenn der Erbbauberechtigte von seiner Schuld frei werden soll (vgl. **RG** 89, 78). Zum Schutze des Grundstückseigentümers gegen zu hohe Belastungen dient eine Vereinbarung gemäß § 5 Abs 2 über das Erfordernis seiner Zustimmung zu Belastungen, sowie die im § 33 Abs 2 vorgesehene **Anrechnung auf die Vergütung.**

4. Bauwerk.

§ 34

Der Erbbauberechtigte ist nicht berechtigt, beim Heimfall oder beim Erlöschen des Erbbaurechts das Bauwerk wegzunehmen oder sich Bestandteile des Bauwerkes anzueignen[1]).

1. Das gegenüber dem Erbbauberechtigten ausgesprochene Verbot, beim **Heimfall** (§ 2 Nr 4, s. dort A 7) oder beim **Erlöschen** des Erbbaurechts das **Bauwerk wegzunehmen** oder **sich Bestandteile des Bauwerks anzueignen,** soll einer zwecklosen Vernichtung wirtschaftlicher Werte vorbeugen (Begr zu § 34). Daß der Erbbauberechtigte dem Grundstückseigentümer gegenüber zu den genannten Maßnahmen nicht berechtigt wäre, würde sich schon daraus

ergeben, daß das (in der Regel) vom Erbbaurechtsnehmer errichtete (für den anderen Fall s. § 12 A 2) Bauwerk und somit auch dessen Bestandteile gemäß § 12 Abs 1 Satz 1 als wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts gelten, und daß beim Erlöschen des Erbbaurechts dessen Bestandteile nach § 12 Abs 3 Bestandteile des Grundstücks, somit Eigentum des Grundstückseigentümers werden und beim Heimfall das Erbbaurecht mit seinen Bestandteilen auf den Grundstückseigentümer übergeht (vgl. § 12 A 5). Unter das Verbot der Aneignung fallen nicht Gegenstände, die ein Erbbauberechtigter nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Bauwerk verbunden hat, da sie nicht Bestandteile des Erbbaurechts sind (vgl. § 12 A 4), ebensowenig Zubehör des Bauwerks. Streitig ist, ob im § 34 unter „Erlöschen des Erbbaurechts" nur das Erlöschen durch Zeitablauf (§ 27) oder auch die Aufhebung durch Rechtsgeschäft nach § 26 zu verstehen ist. Es wird letzteres anzunehmen sein, da auch bei der Aufhebung das Erbbaurecht erlischt und § 34 zwischen den Fällen des Erlöschens nicht unterscheidet, überdies auch der angeführte gesetzgeberische Grund für das Verbot, Vorbeugung einer zwecklosen Vernichtung wirtschaftlicher Werte, auf das Erlöschen zufolge Aufhebung ebenfalls zutrifft. Allerdings hat der Erbbauberechtigte in der Regel beim Erlöschen durch Zeitablauf eine Entschädigung für das Bauwerk und dessen Bestandteile (§ 27) und beim Heimfall eine angemessene Vergütung für das Erbbaurecht einschließlich der Bestandteile (§ 32) von dem Grundstückseigentümer zu erhalten. Aber beim Erlöschen durch Aufhebung wird regelmäßig auch eine Entschädigung für das Bauwerk und dessen Bestandteile Gegenstand der Vereinbarung sein.

VI. Schlußbestimmungen

§ 35

Diese Verordnung hat Gesetzeskraft und tritt am Tage der Verkündung in Kraft[1]). Gleichzeitig treten die §§ 1012 bis 1017 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und § 7 der Grundbuchordnung außer Kraft[2]).

1. Tag der Verkündung, mit dessen Beginn (vgl. RG 91, 339) die Verordnung in Kraft getreten ist, ist der 22. Januar 1919 (RGBl 1919, 72).

2. Jedoch für ein bereits bestehendes Erbbaurecht bleiben nach § 38 die bisherigen Gesetze noch weiter maßgebend (vgl. § 38 A 1).

§ 36

Soweit in Reichs- oder Landesgesetzen auf die §§ 1012 bis 1017 des Bürgerlichen Gesetzbuchs verwiesen ist, treten an deren Stelle die entsprechenden Vorschriften dieser Verordnung[1]).

1. In der Reihenfolge der §§ 1012—1017 BGB treten an deren Stelle § 1 Abs 1, § 1 Abs 2, § 1 Abs 3, § 11 Abs 1, § 13, § 11 Abs 1 VO.

§ 37

Im § 20 der Grundbuchordnung werden die Worte „Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts" ersetzt durch die Worte „Bestellung, Änderung des Inhalts oder Übertragung eines Erbbaurechts"[1]).

Im § 84 der Grundbuchordnung werden die Worte „Die Vorschriften der §§ 7, 20" ersetzt durch die Worte „Die Vorschriften des § 20"[2]).

Dem § 84 der Grundbuchordnung werden als Abs. 2 und 3 folgende Vorschriften angefügt[3]):

> **„Ist auf dem Blatte eines Grundstücks ein Recht der in den Artikeln 63 und 68 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch bezeichneten Art eingetragen, so ist auf Antrag für dieses Recht ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen. Die Anlegung erfolgt von Amts wegen, wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll. Sie wird auf dem Blatte des Grundstücks vermerkt.**
>
> **Die Landesgesetze können bestimmen, daß statt der Vorschriften des Abs 2 die Vorschriften der §§ 14 bis 17 der Verordnung über das Erbbaurecht entsprechend anzuwenden sind."**

1. Eingefügt sind die Worte „Änderung des Inhalts". Danach ist die bisher streitige Frage, ob es im Falle der Änderung des Inhalts ebenso wie im Falle der Bestellung oder der Übertragung eines Erbbaurechts formellrechtlich zur Vornahme der Eintragung des dem Grundbuchamt (in der Form des § 29 GBO) zu führenden Nachweises der Erklärung der erforderlichen Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles bedürfe, in bejahendem Sinne entschieden. Über die materiellrechtlichen Erfordernisse der Bestellung, der Änderung des Inhalts und der Übertragung eines Erbbaurechts und ihren Gegensatz zu dieser formellrechtlichen Voraussetzung für die Vornahme der Eintragung vgl. § 1 A 1.

2. § 7 ist gestrichen, weil er durch § 35 Satz 2 VO außer Kraft gesetzt ist.

3. Nach § 84 GBO in der jetzigen (A 2) Fassung des nunmehrigen Abs 1 finden die Vorschriften des § 20 und des § 22 Abs 2 GBO über das Erbbaurecht auf die in den Artt 63, 68 EG.BGB bezeichneten Rechte entsprechende Anwendung. Diese Rechte sind das Erbpachtrecht mit Einschluß des Büdnerrechts und des Häuslerrechts (Art 63) und vererbliche und veräußerliche Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals (Art 68). Die landesgesetzlichen Vorschriften hierüber sollen nach näherer Bestimmung der Artikel unberührt bleiben mit der Maßgabe, daß § 1017 bzw. §§ 874, 875, 876, 1015, 1017 BGB entsprechende Anwendung finden. Die §§ 1015, 1017 BGB werden jetzt gemäß § 36 VO durch § 11 Abs 1 VO ersetzt (s. § 36 A 1). Ein Erbpachtrecht kann nicht gemäß § 875 BGB, sondern nur nach Maßgabe landesgesetzlicher Vorschriften aufgehoben werden (RJA 8, 278). — Der dem § 84 GBO angefügte Abs 2 gibt den gestrichenen § 7 GBO, wenn an Stelle von „ein Recht der in den Artt 63, 68 EG.BGB bezeichneten Art" gelesen wird „ein Erbbaurecht", wörtlich wieder, hält also den § 7 GBO für die vorbezeichneten Rechte sachlich aufrecht. Der Vorbehalt in dem angefügten Abs 3 gestattet der Landesgesetzgebung aber, die Anwendung des angefügten Abs 2 (also des früheren § 7 GBO) für diese Rechte auszuschließen und dafür die Anwendung der §§ 14—17 VO vorzuschreiben, wonach namentlich für die Rechte bei der Eintragung in das Grundbuch stets von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen wäre.

§ 38

Für ein Erbbaurecht, mit dem ein Grundstück zur Zeit des Inkrafttretens dieser Verordnung belastet ist, bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend[1]).

1. Die für ein vor Inkrafttreten der VO (s. § 35) begründetes Erbbaurecht maßgebend bleibenden bisherigen Gesetze sind, außer den auf das Erbbaurecht bezüglichen formellrechtlichen, das Verfahren vor dem Grundbuchamt betreffenden bisherigen Vorschriften, insbesondere dem durch § 35 VO außer Kraft gesetzten § 7 GBO und dem durch § 37 Abs 1 VO geänderten § 20 GBO, in materiellrechtlicher Hinsicht die §§ 1012—1017 BGB, welche lauten:

§ 1012. Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläch des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht). a)
(E I 961 II 924; M 3 469; P 3 281 f.)

§ 1013. Das Erbbaurecht kann auf die Benutzung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Teiles des Grundstücks erstreckt werden, wenn sie für die Benutzung des Bauwerkes Vorteil bietet. b)
(E I 961 II 924; M 3 469; P 3 281 f.)

§ 1014. Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk, ist unzulässig. c)
(E I 961 II 924; M 3 470; P 3 281 f.)

§ 1015. Die zur Bestellung des Erbbaurechts nach § 873 erforderliche Einigung des Eigentümers und des Erwerbers muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden. d)
(E I 962 II 925; M 3 163, 471; P 3 283 f.; 5 444.)

§ 1016. Das Erbbaurecht erlischt nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht. e)
(E I 963 II 927; M 3 473; P 3 284.)

§ 1017. Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften.
Die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung. f)
(E I 781, 962, 964 II 958; M 3 36, 471, 474; P 3 3, 284.)

Hierzu ist als für die weitere Geltung noch in Betracht kommend folgendes zu bemerken:

Im allgemeinen:

Es ist nicht nur die Frage, ob das Erbbaurecht rechtswirksam begründet ist, ob spätere Rechtsakte an ihm, wie Inhaltsänderungen, Belastungen, Übertragungen, rechtsgültig vorgenommen worden sind, in welchem Rangverhältnis zu anderen Rechten am Grundstück das Erbbaurecht steht, nach bisherigem Recht zu beurteilen, sondern nach der allgemeinen, uneingeschränkten Fassung des § 38 VO sind auch neue Rechtsakte an dem Erbbaurecht, wie Inhaltsänderungen, Belastungen, Übertragungen, Rangänderungen, nach bisherigem Recht vorzunehmen und ist ferner für die Frage der Beendigung des Erbbaurechts ebenfalls das bisherige Recht maßgebend.

Im einzelnen:

a) **§ 1012** stimmt wörtlich mit dem § 1 Abs 1 VO überein. Hinsichtlich des daraus sich ergebenden Wesens und der Arten des Erwerbs eines bestehenden Erbbaurechts vgl. VO § 1 A 1 am Anfang. Hinzuzufügen ist, daß ein Erbbaurecht nicht nur unter einer aufschiebenden Bedingung oder einer Zeitbestimmung, sondern, was jetzt nach § 1 Abs 4 Satz 1 VO nicht mehr zulässig ist, auch unter einer auflösenden Bedingung bestellt werden konnte (RG 61, 1), jedoch nicht für die Lebenszeit des Erbbauberechtigten oder unter der auflösenden Bedingung der Veräußerung, weil es dann nicht mehr ein veräußerliches und vererbliches Recht wäre (RJA 9, 128; vgl. aber wegen Zulässigkeit einer Vormerkung auf Grund der Verpflichtung zur Aufhebung für den Fall der Veräußerung ohne Genehmigung des Eigentümers RJA 9, 271). Über die Begriffe Grundstück, auf oder unter der Oberfläche, Bauwerk und Recht zum Haben eines Bauwerks vgl. VO § 1 A 3, 7, 8, 9, und darüber, daß ein Erbbaurecht nur zugunsten einer natürlichen oder juristischen Person, nicht auch zugunsten eines Grundstücks (als subjektiv-dingliches Recht) bestellt werden konnte (OLG 15, 359), wohl aber für mehrere zu ideellen Bruchteilen oder zur gesamten Hand, vgl. VO § 1 A 5.

b) **§ 1013** entspricht dem § 1 Abs 2 VO. Vgl. dort A 10. Jedoch war und ist Erfordernis für die Erstreckung auf ein Nebenland nicht, wie jetzt nach § 1 Abs 2 VO, daß das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache bleibt, sondern, daß die Benutzung des Nebenlandes für die Benutzung des Bauwerks Vorteil bietet. Darunter ist das gleiche zu verstehen wie unter dem Vorteil, den eine Grunddienstbarkeit nach der die Beschränkung des Inhalts einer Grunddienstbarkeit bestimmenden Vorschrift des § 1019 BGB für herrschende Grundstücke haben muß. Vgl. hierüber § 1019 A 2. Die Erstreckung konnte bei Bestellung des Erbbaurechts oder später und kann auch jetzt noch durch Einigung in der Form des § 1015 BGB und durch Eintragung in das Grundbuch über das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück erfolgen (§§ 873, 877 BGB).

c) **§ 1014** stimmt wörtlich mit § 1 Abs 3 VO überein. Vgl. dort A 11, die auch dafür gilt, daß schon nach § 1014 BGB die Beschränkung auf einen Gebäudeteil unzulässig war.

d) **§ 1015** schrieb für die Bestellung des Erbbaurechts hinsichtlich der Einigung dieselbe Form (Auflassung) vor wie für die Übertragung des Grundeigentums (§ 925 Abs 1 BGB). Vgl. über diese Form § 925 BGB A 10—13. Eine dem § 925 Abs 2 entsprechende Bestimmung aber war hier nicht aufgenommen. Inwieweit danach die Bestellung eines Erbbaurechts unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen konnte, vgl. A a. Über die nach § 873 BGB erforderliche Einigung des Eigentümers und des Erwerbers vgl. § 873 A 7, 8, 9, § 925 A 5—9, sowie KGJ 21 A 127 (die Bestellung eines Erbbaurechts galt im Hinblick auf die in Preußen erforderliche Genehmigung von Behörden nicht als eine Grundstücksveräußerung). Sie mußte die eingeräumte Benutzungsbefugnis im einzelnen angeben. Der Inhalt des Erbbaurechts war nicht, wie z. B. der des Nießbrauchs, vom Gesetze so bestimmt, daß sich die Beteiligten nur über etwaige Einschränkungen des gesetzlichen Inhalts zu einigen gehabt hätten. Das Grundbuchamt hatte zu prüfen, ob das eingeräumte Benutzungsrecht unter den gesetzlichen Begriff des Erbbaurechts (§ 1012) fiel und die Einigung der erforderlichen Bestimmtheit nicht entbehrte. Die außer der Einigung zur Begründung des Erbbaurechts gemäß § 873 Abs 1 erforderliche Eintragung war auf das Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks zu bewirken. Vgl. hierüber A f. Auch formellrechtlich war zur Vornahme der Eintragung (abweichend von § 19 GBO) nach § 20 GBO erforderlich, daß die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles gemäß § 1015 BGB erklärt war. — Die nämliche Form der Einigung galt und gilt nach §§ 1017 Abs 2, 925 Abs 1 BGB für die Übertragung des Erbbaurechts, die aber nach §§ 1017 Abs 2, 925 Abs 2 BGB nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen konnte und kann. — Ferner bedurfte und bedarf die rechtsgeschäftliche Änderung des Inhalts, auf die nach § 877 die §§ 873, 874, 876 BGB Anwendung fanden bzw. finden, der gleichen Form der Einigung. Denn auch hierdurch wurde bzw. wird ein Erbbaurecht (mit anderem Inhalt als bisher) „be-

stellt", so daß § 873 hinsichtlich der Form der Einigung durch § 1015 BGB ersetzt wurde bzw. wird (str.). — Nach Art 68 EG.BGB findet § 1015 BGB auf die landesrechtlich zugelassene Belastung eines Grundstücks mit dem vererblichen und veräußerlichen Recht zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals entsprechende Anwendung; dagegen nach Art 63 EG.BGB nicht auf den landesrechtlichen Erbpachtvertrag mit Einschluß des Büdner- und Häuslerrechts.

e) **§ 1016** stimmt wörtlich mit § 13 VO überein. Vgl. dort A 1, 2 über Nichterlöschen des Erbbaurechts zufolge Untergang des Bauwerks. Die Vorschrift konnte und kann aber durch Vereinbarung der Beteiligten geändert, insbesondere der Untergang als auflösende Bedingung oder als Endtermin für das Erbbaurecht gesetzt werden (vgl. OLG 31, 333). Die früheren Bestandteile des untergegangenen Bauwerks (Baumittelstücke) gehören demjenigen, welcher Eigentümer des Bauwerks war (vgl. §§ 955, 953, 95 Abs 1 Satz 2 BGB). Bestand das Bauwerk bereits zur Zeit der Begründung des Erbbaurechts, so ist es im Eigentum des Grundstückseigentümers geblieben, während es, wenn es erst vom Erbbauberechtigten in Ausübung der Berechtigung erbaut worden ist, dem Erbbauberechtigten gehört (§§ 93, 94 Abs 1 bzw. 95 BGB; KGJ 25 A 141; 39 B 90; OLG 26, 126; 31, 333; vgl. RG JW 03 Beil 90). — Eine Pflicht des Erbbauberechtigten oder des Grundstückseigentümers zur Wiederherstellung des Bauwerks besteht nicht. Wohl aber hat der Erbbauberechtigte, da sein Erbbaurecht bestehen bleibt, die Befugnis zur Wiederherstellung. Ist der Erbbauberechtigte Eigentümer des untergegangenen Bauwerks gewesen, so ist er berechtigt, die übriggebliebenen Stücke des Bauwerks wegzunehmen.

f) **§ 1017** Abs 1, 2 entspricht dem § 11 Abs 1 Satz 1 VO. Über die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften, die auf das Erbbaurecht Anwendung zu finden hatten bzw. noch Anwendung zu finden haben, vgl. die Darstellung in VO § 11 A 1. Wegen der Notwendigkeit der im § 1015 BGB vorgeschriebenen Form der Einigung bei der Bestellung, der Übertragung und der Änderung des Inhalts des Erbbaurechts vgl. hier A d, und wegen der Rechte, mit denen ein Erbbaurecht belastet werden kann, sowie wegen der Erfordernisse für die Belastung vgl. VO § 11 A 1 unter „belastet", die auch hinsichtlich der nach bisherigem Recht begründeten Erbbaurechte gilt. Das Erbbaurecht endigt (erlischt) zwar nicht durch Untergang des Bauwerks (§ 1016 BGB; s. A e), wohl aber durch Eintritt einer gesetzten auflösenden Bedingung oder des bestimmten Endtermins (§§ 158 Abs 2, 163 BGB), ferner durch rechtsgeschäftliche Aufhebung gemäß §§ 875, 876, 878 BGB (RJA 8, 278), durch Verjährung gemäß § 901 BGB (RJA 8, 278) und durch Zuschlag des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks in der Zwangsversteigerung gemäß § 91 ZVG. Dagegen nicht durch Aufhebung gemäß § 928 BGB, da die auf den „Verlust" des Grundeigentums bezüglichen Sondervorschriften nicht für anwendbar erklärt sind (RJA 8, 279). Dagegen findet § 927 BGB (Erwerb des Eigentums auf Grund Ausschlußurteils für den Eigenbesitzer) Anwendung, da es sich um eine den „Eigentumserwerb" betreffende Vorschrift handelt, wiewohl mit dem Erwerb zugleich ein Verlust des früheren Eigentums (Erbbaurechts) verbunden ist (str.). Dadurch, daß sich das Erbbaurecht mit dem Eigentum am Grundstück in einer Person vereinigt, geht für sich allein gemäß § 889 BGB das Erbbaurecht noch nicht unter (vgl. OLG 31, 334). Mit der Beendigung des Erbbaurechts erlöschen auch die Belastungen, und zwar nicht nur an dem Erbbaurecht selbst, sondern auch an dem Bauwerk, auf das sie sich erstreckten, gleichviel, ob es dem Erbbauberechtigten oder dem Grundstückseigentümer gehört. — Hinsichtlich der zur Wirksamkeit der vorbezeichneten Rechtsakte, soweit sie rechtsgeschäftlicher Natur sind, nach §§ 873 oder 875 BGB erforderlichen Eintragungen in das Grundbuch ist folgendes zu bemerken. Die Eintragung der Erbbaurechtsbestellung als einer Grundstücksbelastung hatte in das Grundbuchblatt über das mit dem Erbbaurecht zu belastende Grundstück zu erfolgen (in Preußen in Abteilung II). Dabei konnte gemäß § 874 BGB zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts auf die Erklärung der Einigung der Beteiligten über die Bestellung (§ 20 GBO) Bezug genommen werden; jedoch nicht hinsichtlich Bedingungen und Befristungen, da sie nicht zum Inhalt des Rechtes gehören (KGJ 49, 189). Auf Antrag mußte und muß gemäß § 7 Abs 1 Satz 1 GBO für das so eingetragene Erbbaurecht ein besonderes Grundbuchblatt unter Vermerk auf dem Blatte des Grundstücks (§ 7 Abs 2 GBO) angelegt werden. Sollte oder soll das Recht veräußert oder belastet werden, so erfolgte bzw. erfolgt die Anlegung des besonderen Grundbuchblatts gemäß § 7 Abs 1 Satz 2 GBO von Amts wegen. Auf dieses Blatt wurde bzw. wird die Übertragung, auch die im Wege der Zwangsversteigerung, oder die Belastung gebucht (RJA 5, 202). Ein Erbbauzins, der dem Erbbaurechte nicht wesentlich war, gehörte und gehört ebenfalls zu den zulässigen Belastungen des Erbbaurechts; er war bzw. ist als eine dem jeweiligen Grundstückseigentümer zustehende (subjektiv dingliche) Reallast (§ 1105 Abs 1, 2 BGB) auf das Blatt über das Erbbaurecht einzutragen. Dagegen war bzw. ist eine nachträgliche Änderung des Inhalts oder des Ranges des Erbbaurechts maßgeblich wiederum auf das Blatt für das Grundstück einzutragen; jedoch ist, wenn ein Blatt für das Erbbaurecht angelegt ist, die Inhaltsänderung

darin nachzutragen. Im Falle der rechtsgeschäftlichen Aufhebung oder des sonstigen Erlöschens des Erbbaurechts ist die Löschung ebenfalls auf dem Blatte für das Grundstück zu bewirken; ein etwaiges Blatt für das Erbbaurecht ist zu schließen. Dieses Blatt galt und gilt als Grundbuch im Sinne des BGB (vgl. § 3 Satz 2 GBO), z. B. hinsichtlich des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nach §§ 891—893 BGB. Letzteres gilt jedoch im Falle der Nichtübereinstimmung mit dem Grundbuchblatt für das Grundstück nur hinsichtlich der Übertragungen und Belastungen des Erbbaurechts, während hinsichtlich des Bestehens, des Inhalts und des Ranges des Erbbaurechts das Blatt für das Grundstück maßgebend ist. — Da nicht nur die Vorschriften des Sachenrechts, die sich auf Grundstücke beziehen, sondern auch solche Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse für das Erbbaurecht gelten, bedurfte auch der schuldrechtliche Vertrag auf Bestellung des Erbbaurechts und bedurfte und bedarf auch der schuldrechtliche Vertrag auf Übertragung des Erbbaurechts der Form des § 313 Satz 1 BGB (Prot 1, 464; RG 61, 4; OLG 26, 126). Auch § 313 Satz 2 fand bzw. findet Anwendung, da, wenn auch Bestellung und Übertragung nicht als Auflassung bezeichnet wurden (vgl. § 20 GBO), doch das Gesetz (§§ 1015, 1017 Abs 2) für die Einigung eine der Auflassung gleiche Form verlangt. — Über die für das Erbbaurecht geltenden Ansprüche aus dem Eigentum vgl. VO § 11 A 2. — Auf die vor Inkrafttreten des BGB begründeten Erbbaurechte finden nach Art 184 EG.BGB die §§ 1012ff. mit Ausnahme des § 1017 keine Anwendung (vgl. OLG 18, 144). An die Stelle des § 1017 ist jetzt § 11 VO getreten. — Über die in Artt 63, 68 EG.BGB bezeichneten Rechte vgl. VO § 37 A 3.

§ 39

Erwirbt ein Erbbauberechtigter auf Grund eines Vorkaufsrechts oder einer Kaufberechtigung im Sinne des § 2 Nr 7 das mit dem Erbbaurechte belastete Grundstück oder wird ein bestehendes Erbbaurecht erneuert, so bleiben reichs-, landesgesetzliche und kommunale Gebühren, Stempel- und Umsatzsteuern jeder Art insoweit außer Ansatz, als sie schon bei Begründung des Erbbaurechts entrichtet worden sind[1]).

1. Durch diese Bestimmung wird Befreiung von den darin genannten Steuern für den Fall, daß der Erbbauberechtigte auf Grund eines ihm zustehenden (persönlichen oder dinglichen) Vorkaufsrechts (§§ 504, 1094 BGB) oder einer Kaufberechtigung nach § 2 Nr 7 VO das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück erwirbt oder wenn ihm auf Grund eines Erneuerungsvorrechts gemäß § 2 Nr 6 VO das durch Zeitablauf erloschene Erbbaurecht erneuert wird (vgl. § 2 A 9), insoweit gewährt, als gleichartige Steuern bereits bei Begründung des Erbbaurechts entrichtet worden sind.

Fünfter Abschnitt

Dienstbarkeiten[1])

Erster Titel

Grunddienstbarkeiten

§ 1018

Ein Grundstück[2]) kann zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks[3]) in der Weise[4]) belastet werden[5]), daß dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen[6]) benutzen darf[7]) oder daß auf dem Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen[8]) oder daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke dem anderen Grundstücke gegenüber ergibt (Grunddienstbarkeit)[9]).

E I 966 II 929; M 3 478 ff.; P 3 286 ff., 305 ff., 327 f.

1. Das BGB kennt nur drei Arten von **Dienstbarkeiten**: die Grunddienstbarkeiten (§§ 1018 bis 1029), den Nießbrauch (§§ 1030—1089) und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1090—1093). Die Dienstbarkeit ist ein dingliches Recht an fremder Sache, kraft dessen dem Berechtigten der in einem weiteren als dem gewöhnlichen Sinne zu verstehende Gebrauch einer Sache in gewissen Beziehungen zusteht (M 3, 475 ff.; KGJ 51, 292). Gemeinschaftliche Bestim-

nungen für alle drei Arten der Dienstbarkeiten enthält das BGB nicht. Es haben nur einige Vorschriften für die einzelnen Rechte den gleichen Inhalt (vgl. §§ 1024, 1027, 1060, 1065, 1090). Der Nießbrauch kann bestehen sowohl an beweglichen Sachen als an Grundstücken, auch an Rechten und an einem Vermögen. Dagegen sind Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten nur an Grundstücken möglich. Die Vorschriften, die den Inhalt einer Dienstbarkeit beschränken (z. B. §§ 1018, 1019), haben zwingenden Charakter, so daß sie der Abänderung durch Vereinbarung der Beteiligten nicht unterliegen (KGJ 21 A 310). Der Nießbrauch und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten sind unvererblich und unübertragbar (§§ 1059, 1061, 1090 Abs 2, 1092). Sie sind subjektiv-persönliche Rechte (Berechtigter nur eine Person), während die Grunddienstbarkeiten subjektiv-dingliche Rechte (Berechtigter nur ein anderes Grundstück) sind. — Die Vorbehalte zugunsten der Landesgesetze in EG Artt 109 (Enteignung), 113 (Zusammenlegung von Grundstücken usw.), 114 (Ablösungsrenten), 118 (an buchungsfreien Grundstücken) beziehen sich auf alle Dienstbarkeiten, der Vorbehalt in Art 115 EG (Beschränkung oder Untersagung) nur auf Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten. Vgl. auch EG Artt 117 (Verschuldungsgrenze), 112 (Bahneinheiten), 120 (Unschädlichkeitszeugnis), 164 (Berechtigung der Realverbände). Übergangsvorschriften enthalten die Artt 184, 187, 189, 191 EG. Danach richtet sich bis zur Anlegung des Grundbuchs auch nach Inkrafttreten des BGB die Begründung der Dienstbarkeiten an einem Grundstück nach den bisherigen Gesetzen und die Aufhebung ebenso, bis das Recht eingetragen ist (Art 189). Die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Dienstbarkeiten bleiben bestehen und bedürfen, wenn sie zu der Zeit bestehen, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (Art 186 Abs 1 EG; in Preußen, soweit bereits Grundbücher bestanden, mit Inkrafttreten des BGB; Art 3 der VO v. 13. 11. 99), auch zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, soweit nicht landesgesetzlich etwas anderes bestimmt ist, nicht der Eintragung (Artt 184, 187). Jedoch kann von dem Berechtigten oder dem Eigentümer des belasteten Grundstücks die Eintragung verlangt werden (Art 187 Abs 1 Satz 2 EG). Es muß aber dann dem Grundbuchamt nachgewiesen werden nicht nur, daß die Grunddienstbarkeit überhaupt begründet worden ist, sondern auch, daß sie bereits in jenem Zeitpunkt bestanden hat (KGJ 51, 255). Geschieht dies, so ist die Grunddienstbarkeit mit dem Range vor den nach jenem Zeitpunkt eingetragenen Hypotheken und sonstigen Rechten einzutragen (KGJ 51, 257). Art 191 bezieht sich auf den Besitzschutz für Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten. — Die den Inhalt einer Dienstbarkeit bildenden Befugnisse können einer Person auch durch einen rein schuldrechtlichen Vertrag mit Wirkung nur zwischen den Vertragschließenden gewährt werden (**RG** Warn 09 Nr 69).

2. Grunddienstbarkeiten sind **nur möglich an Grundstücken** sowie an Erbbaurechten (§ 1017 Abs 1, VO v. 15. 1. 19 § 11) und den andern in Artt 63, 68, 196 EG bezeichneten (landesrechtlichen) Rechten mit Grundstücksnatur. — Jedoch auch an einem bestimmten, abgegrenzten Teil eines Grundstücks kann eine Grunddienstbarkeit bestellt werden (vgl. § 1026). Einer Abschreibung des belasteten Teiles bedarf es nach § 6 Satz 2 GBO nicht, es sei denn, daß Verwirrung zu besorgen ist. Vgl. jedoch § 96 GBO (s. dazu OLG 21, 42). Verschieden hiervon ist die an dem ganzen Grundstück begründete Grunddienstbarkeit, deren jeweilige Ausübung auf einen Teil des Grundstücks beschränkt ist (§§ 1023, 1026). Dies zeigt sich bei dem Ersatzanspruch des Berechtigten für den Wegfall der Dienstbarkeit im Zwangsversteigerungsverfahren. Der Ersatzanspruch nach § 92 ZVG ergreift in diesem Falle den nach Befriedigung der vorgehenden Rechte verbleibenden Erlös des ganzen Grundstücks, während, wenn die Grunddienstbarkeit nur einen Grundstücksteil belastet, auch nur ein verhältnismäßiger Teil dieses Erlöses in Anspruch genommen werden kann (vgl. RJA 2, 104; 12, 167; OLG 21, 42). Über die Frage, ob mehrere Grundstücke mit ein und derselben Dienstbarkeit belastet werden können, vgl. A 5. — Auch an Privatflüssen und selbst an öffentlichen Flüssen ist eine Grunddienstbarkeit (z. B. eine subjektiv-dingliche Fischereigerechtigkeit) rechtlich möglich, da der nach örtlichen Grenzen bezeichnete Teil eines Flusses als ein bestimmbarer und bestimmter, räumlich abgegrenzter Abschnitt der Erdoberfläche, also als ein Grundstück, sich darstellt (M 3 S. 48, 54) und, wenn auch nach Landesrecht (Art 65 EG) nicht (so z. B. nach früherem preußischen Recht) Privateigentum an öffentlichen Flüssen bestehen mag (s. § 903 A 1), doch auch bei diesen Flüssen der Gemeingebrauch (s. § 906 A 5) die Ausübung eines besonderen begrenzten dinglichen Rechtes nicht ausschließt (**RG** 53, 98; Gruch 44, 929). — Das gleiche gilt von Grunddienstbarkeiten an öffentlichen Wegen (**RG** JW 95, 362[9]; 97, 48[1]; OLG 15 S. 363, 364). Wegen der dem öffentlichen Rechte angehörenden, daher vom BGB nicht berührten servitutarischen Rechte der Straßenanlieger an öffentlichen Straßen vgl. für preuß. und rhein. Recht **RG** 7, 213; 10, 271; 25, 242; 30, 246; 44, 282; 56, 101; 62, 89; JW 99, 381[45]; 01, 144[16]; 02, 192[45]; 07, 155[41]; 09, 87[26]; 1912, 868[27]; Gruch 44, 970; 58, 502; OLG 15, 362; dagegen für gemeines Recht **RG** 21, 191; 51, 251; JW 02, 319[41]; SeuffA 44 Nr 306. Vgl. auch über Haftung einer Stadtgemeinde, wenn infolge Erhöhung einer Straße

die anliegenden Häuser durch Ansammlung von Sickerwasser Schaden erleiden, nach § 367 Nr 14 StGB, § 823 Abs 2 BGB **RG** Warn 1915 Nr 51. Zulässig ist auch eine Grunddienstbarkeit mit dem Inhalt, daß eine Eisenbahnanlage auf dem Gelände des dienenden Grundstücks für ein von dem herrschenden Grundstück herangeführtes Anschlußgleis oder ein über das dienende Grundstück zu einer Staatseisenbahn führendes Anschlußgleis für das herrschende Grundstück benutzt werden darf (**RG** JW 1911, 467[51]; 1912, 851[3]; Gruch 52, 1200). — An dem Bruchteil (ideeller Teil) eines Grundstücks ist eine Grunddienstbarkeit nicht möglich.

3. Nur der **jeweilige Eigentümer eines andern Grundstücks** oder der jeweilige Inhaber eines Erbbaurechts (§ 1017 Abs 1, VO v. 15. 1. 19 § 11) oder der andern in Artt 63, 68, 196 EG bezeichneten (landesrechtlichen) Rechte mit Grundstücksnatur kann der Grunddienstbarkeitsberechtigte sein, nicht eine bestimmte natürliche oder juristische Person. Für diese (z. B. für eine Stadtgemeinde) kann eine dem § 1018 entsprechende Belastung eines Grundstücks nur als beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1094) begründet werden (vgl. **RG** 54, 246; § 1019 A 4). So z. B. auch das Recht einer Eisenbahngesellschaft, ein Grundstück für ihre Eisenbahngleise benutzen zu dürfen (vgl. **RG** 8, 207). Jedoch kann eine Grunddienstbarkeit unter der auflösenden Bedingung bestellt werden, daß sie erlöschen soll, falls das herrschende Grundstück in das Eigentum einer anderen Person als eines Abkömmlings des gegenwärtigen Eigentümers gelangt; denn es ist dann der jeweilige Eigentümer berechtigt, vorausgesetzt daß er ein Abkömmling des gegenwärtigen Eigentümers ist (RJA 12, 69). Ferner ist eine Grunddienstbarkeit für ein gewerbliches Unternehmen dann zulässig, wenn durch die Benutzung des belasteten Grundstücks zum Vorteile des Betriebs des Gewerbes mittelbar auch dem Grundstück, auf dem das Gewerbe (z. B. eine Wassermühle, ein Tonwerk, eine Ziegelei, eine Zuckerfabrik) betrieben wird und das für den Gewerbebetrieb besonders eingerichtet ist, Vorteile zufließen (vgl. **RG** 30, 205; JW 98, 314[109]; 00, 676[46]; Warn 1913 Nr 154; Gruch 50, 105; vom 23. 3. 98 V 49/98; auch § 1019 A 4). — Dagegen kann zugunsten des Bruchteils eines Grundstücks eine Grunddienstbarkeit nicht bestehen (vgl. Prot 3, 310). Jedoch kann nach § 1009 das herrschende Grundstück im Miteigentum mehrerer stehen, während das dienende Grundstück einem der Miteigentümer allein gehört, und umgekehrt. Über Unzulässigkeit der Bestellung einer Grunddienstbarkeit für mehrere Grundstücke sowie über eine Grunddienstbarkeit für eine Realgemeinde s. A 5. — Die Grunddienstbarkeit ist Bestandteil des herrschenden Grundstücks (§ 96). Ihre Abtrennung von diesem und ihre gesonderte Übertragung ist unzulässig, da es nach § 1019 zu ihrem Wesen gehört, daß sie gerade diesem Grundstücke zum Vorteil dient (KGJ 43, 132; OLG 34, 194). — Daß das dienende und das herrschende Grundstück benachbart sind, ist nicht erforderlich (OLG 6, 120).

4. Die **Belastung** kann **nur in der Weise** erfolgen, wie sie im § 1018 angegeben ist. Die Begrenzung des Inhalts ist zwingend. Durch Vereinbarung der Beteiligten kann der Inhalt nicht erweitert werden. Die Eintragung einer Grunddienstbarkeit mit einem anderen als dem von § 1018 zugelassenen Inhalte ist nichtig (KGJ 21 A 310). Daher darf namentlich nicht eine Verpflichtung zu einer Leistung, einem Handeln, einem Tun dem Eigentümer des belasteten Grundstücks auferlegt werden, soweit nicht die Sondervorschriften der §§ 1021, 1022 bezüglich Unterhaltung einer der Grunddienstbarkeit dienenden Anlage Platz greifen (**RG** 58, 272; RJA 1, 28; 11, 134; OLG 8, 127). Denn nur auf Dulden der Benutzung oder auf die Unterlassung gewisser Handlungen kann nach § 1018 die Grunddienstbarkeit gerichtet sein. Leistungen aus einem Grundstück können nur als Reallasten einem Grundstücke auferlegt werden, sofern die Voraussetzungen des § 1105 (z. B. daß die Leistungen wiederkehrende sein sollen) gegeben sind (RJA 1, 28; 11, 134; OLG 2, 491; 8, 126; 26, 101; auch KGJ 26 A 276). So z. B. kann nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein: die Verpflichtung, auf Verlangen des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks über eine bestimmte Grenzlinie hinüberragende Gebäude oder Gebäudeteile auf eigene Kosten zu beseitigen (RJA 1, 25; KGJ 26 A 274; OLG 18, 146); die Verpflichtung, eine Anlage (z. B. ein Eisenbahngleis, eine Überfahrt, eine Einfriedigung) dauernd zu unterhalten, wenn diese Verpflichtung die alleinige oder doch hauptsächliche Belastung des Grundstücks enthalten soll (**RG** 58, 272; OLG 8, 126; 26, 82). Ferner können rein schuldrechtliche Verpflichtungen, wie überhaupt nicht Gegenstand dinglicher Rechte, so auch nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein (**RG** 58, 272; 60, 320; KGJ 21 A 310; 22 A 152; 25 A 148; 26 A 274; 49, 196; OLG 2, 491; 3, 291). So z. B. nicht: der Verzicht auf Entschädigung für Nachteile, die dem Grundstücke durch den Betrieb einer Eisenbahn oder durch den Betrieb eines Bergwerks oder durch Kanalisationsarbeiten erwachsen (KGJ 21 A 310; 22 A 152; 49, 196; OLG 3, 291); die Verpflichtung des Eigentümers, sich mit einer bestimmten Entschädigung zu begnügen, wenn späterhin eine Grundfläche zu Straßenland gezogen werden sollte (KGJ 25 A 148). Jedoch kann ein Tun, wie aus den §§ 1021, 1022 zu entnehmen ist, Nebenbestandteil einer nach dem Hauptinhalt als Grunddienstbarkeit sich darstellenden Belastung sein (z. B.: wenn die Hauptbelastung in der Unterlassung der Beseitigung eines zum Wind-

schutze dienenden Waldstreifens besteht und die Nebenverpflichtung in der etwa nötig werdenden Aufforstung des Streifens, RJA 11, 133; wenn der Hauptinhalt ist, daß einer Mühle nicht durch Bäume der Wind genommen werden darf, und die Nebenverpflichtung, Bäume nötigenfalls zu kappen, OLG 26, 81). Dagegen stellt sich die bei Bestellung einer Grunddienstbarkeit auf Duldung von Einwirkungen von einem Nachbargrundstück aus (s. A 9) getroffene Bestimmung, daß „ohne Entschädigung" die Einwirkung zu dulden sei, nicht als eine solche Nebenbestimmung des dinglichen Rechtes dar, auch nicht als ein zur Grunddienstbarkeitsbelastung geeigneter Ausschluß der Ausübung eines Rechtes, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück ergibt, sondern als ein gegenüber jener Grunddienstbarkeit selbständiger, lediglich schuldrechtlicher Verzicht auf Entschädigung, der nur zwischen den Vertragschließenden wirkt; die Bestimmung kann daher nicht, auch nicht zugleich mit jener Grunddienstbarkeit, eingetragen werden (str.; KGJ 49, 199). Vgl. auch § 1105 A 7 (Erhaltung eines Zustandes als Reallast). — Dem herrschenden Grundstücke kann nicht als Inhalt der Grunddienstbarkeit eine Verpflichtung zur Gegenleistung auferlegt werden, weil dies auf eine Grunddienstbarkeit gegen das herrschende Grundstück mit dem Inhalt einer Leistung hinauskäme (vgl. OLG 8, 126). Jedoch ist es für zulässig zu erachten, daß die Ausübung der Grunddienstbarkeit im einzelnen Fall von einer Gegenleistung abhängig gemacht wird; denn hierin liegt nur eine Beschränkung des Inhalts (vgl. **RG** 79, 379; § 1021 A 5).

5. Eine **rechtsgeschäftliche Belastung** im Sinne des § 1018 erfolgt gemäß § 873 unter Anwendung der §§ 874, 878 durch Einigung der Eigentümer des zu belastenden und des später herrschenden Grundstücks und Eintragung im Grundbuch. Über das Wesen der Einigung und die Erfordernisse für ihre Rechtsgültigkeit vgl. § 873 A 7, 8, 9. Hervorzuheben ist hier, daß die **Einigung** zur materiellrechtlichen Gültigkeit einer Form nicht bedarf. Ebensowenig in der Regel die Übernahme der Verpflichtung zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit (Ausnahme z. B. im Falle der Schenkung, § 518). Der Anspruch aus solch einer Verpflichtungsübernahme kann durch Vormerkung gesichert werden (vgl. KGJ 40, 127). Die Einigung kann auch stillschweigend erfolgen. Jedoch liegt eine rechtswirksame Bestellung einer Grunddienstbarkeit noch nicht darin allein, daß ein Eigentümer zweier Grundstücke, von denen das eine dem anderen bereits tatsächlich dient, ein Grundstück veräußert; denn es fehlt dazu die Eintragung (**RG** JW 1912, 361[32]; 1912, 851[3]; anders **RG** 13, 249; 38, 286; 49, 236; JW 95, 233[33]; Gruch 35, 1034; 47, 959; 29. 5. 11 V 516/10; OLG 26, 84 nach früherem Recht). Unter Umständen kann aber, insbesondere wenn die Benutzung des einen Grundstücks für das andere notwendig ist (z. B. wenn: eine Gleisanlage zum Anschluß an eine Staatseisenbahn über beide Grundstücke geht; eine dem veräußerten Grundstück zum Vorteil gereichende Stauanlage in dem zum andern Grundstück gehörenden Privatfluß besteht), aus dem Veräußerungsvertrage der Wille der Beteiligten entnommen werden, daß der Eigentümer des dienenden Grundstücks verpflichtet ist, eine Grunddienstbarkeit zu bestellen. Kommt der Eigentümer dieser Verpflichtung nach, wozu er von dem anderen Teil angehalten werden kann, so entsteht erst durch die Eintragung die Grunddienstbarkeit rechtlich (**RG** JW 1912, 361[32]; 1912, 851[3]; vgl. auch **RG** Gruch 47, 959; M 3, 478; Prot 3, 286). — Eine Grunddienstbarkeit kann, da eine ausschließende Bestimmung nicht besteht, auch unter einer Bedingung (§ 158) oder Befristung (§ 163) bestellt werden, sofern durch diese der Begriff der Grunddienstbarkeit nicht berührt wird (z. B. unter der auflösenden Bedingung, daß die Dienstbarkeit erlöschen soll: wenn ein späterer Eigentümer des herrschenden Grundstücks nicht ein Abkömmling des gegenwärtigen Eigentümers ist; wenn eine entsprechende Grunddienstbarkeit auf einem anderen Grundstücke gelöscht werde, RJA 12, 69; KGJ 46, 225; OLG 31, 334). — Für oder gegen mehrere Grundstücke kann nicht ein und dieselbe Grunddienstbarkeit bestellt werden, da ihr Wesen gerade darin besteht, daß die Benutzung eines besonders gearteten Grundstücks speziell einem anderen Grundstücke zum Vorteil gereicht. Allerdings kann ein ganzes Grundstück mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden, deren Ausübung sich nur auf einen Teil des Grundstücks erstreckt; aber die anderen Teile sind dann nur als unselbständige Grundstücksbestandteile mitbelastet (insbesondere für den etwaigen Wertsersatz nach § 92 ZVG; s. A 2), und sie können nach § 1026 im Falle der Grundstücksteilung von der Dienstbarkeit frei werden. Die Grundsätze von der Sicherung einer Forderung durch eine Hypothek an mehreren Grundstücken (Gesamthypothek) finden auf die Dienstbarkeit keine Anwendung (RJA 12, 167). Jedoch kann eine Dienstbarkeit dann auf mehrere Grundstücke als Gesamtbelastung eingetragen werden, wenn ihre Ausübung (z. B. die eines Wegerechts) sich auf die mehreren Grundstücke erstreckt (RJA 12, 170). Auch können mehrere Grunddienstbarkeiten mit gleichem Inhalte für oder gegen mehrere Grundstücke bestellt werden. — Da zur Bestellung eine Einigung zwischen dem Passivbeteiligten und dem Aktivbeteiligten erforderlich ist, kann der Eigentümer zweier Grundstücke nicht das eine zugunsten des anderen oder der Eigentümer eines Grundstücks dessen einen Teil zugunsten des anderen Teiles mit einer Grunddienstbarkeit belasten. Vgl. hierüber sowie über die Ausnahme des § 1009 für den Fall, daß das eine Grundstück im Miteigentum mehrerer, das andere im Alleineigentum

eines der Miteigentümer steht, § 873 A 7a, auch KGJ 39 A 127 (Bestellung eines Fensterrechts durch den Eigentümer zweier Grundstücke für den Fall, daß ein Grundstück veräußert werden sollte). — Die Grunddienstbarkeit wird auf das Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks **eingetragen**. Sie kann daneben auf Antrag auch auf dem Grundbuchblatt des herrschenden Grundstücks vermerkt werden (§ 8 GBO); jedoch muß sie zunächst auf das dienende Grundstück eingetragen werden (KGJ 25 A 142). Zur Vornahme der Eintragung ist formellrechtlich gemäß § 19 GBO die Bewilligung der Eintragung seitens des Passivbeteiligten erforderlich und genügend. Des Nachweises der Einigung bedarf es nicht. Jedoch muß die Bewilligung in der im § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebenen Form erklärt werden. Die Eintragung erfolgt in Preußen auf dem belasteten Grundstück in Abt II, auf dem herrschenden Grundstück im Verzeichnisse der mit dem Eigentum verbundenen Rechte (§§ 8, 11 Nr 1a der Vf v. 20. 11. 99). Die Eintragung muß so erfolgen, daß jedermann aus dem Grundbuch und den zugehörigen Urkunden den Inhalt der Eintragung klar ersehen kann (KGJ 26 A 273; 46, 223; 51, 254). Bei der Eintragung kann im Eintragungsvermerk nach § 874 zur näheren Bezeichnung des Inhalts der Grunddienstbarkeit auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Dagegen ist eine Bezugnahme auf baupolizeiliche Vorschriften, die nicht in der Eintragungsbewilligung wiedergegeben sind, unzulässig (KGJ 46, 221; OLG 34, 226). Soll mit der Grunddienstbarkeit ein ganzes Grundstück belastet werden, aber ihre Ausübung auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt sein (s. § 1023 A 1), so muß, da die Beschränkung zum Inhalt der Grunddienstbarkeit gehört, die Eintragungsbewilligung eine genaue Beschreibung der Ausübungsstelle enthalten; jedoch kann in ihr zur näheren Verdeutlichung auf beigefügte Karten oder Zeichnungen Bezug genommen werden (RJA 8, 140; OLG 21, 42; KGJ 50, 133), sofern sie öffentliche Urkunden im Sinne des § 415 ZPO sind (KGJ 50, 131). Eine Bezugnahme auf nicht mehr in Geltung befindliche Vorschriften des früheren Rechtes genügt zur Bestimmung des Inhalts der Grunddienstbarkeit nicht (KGJ 26 A 271; 51, 254), es sei denn, daß es sich um Eintragung einer solchen Grunddienstbarkeit handelt, die unter der Herrschaft des früheren Rechtes begründet worden war und bisher auch ohne Eintragung (s. A 1) bestand (KGJ 51, 256). — Auch durch **Ersitzung** kann eine Grunddienstbarkeit erworben werden, jedoch nur durch Buchersitzung (sog. Tabularersitzung) gemäß § 900 Abs 2. — Das BGB kennt **gesetzliche** Grunddienstbarkeiten nicht. Das Recht auf den Überbau (§ 912) und auf den Notweg (§ 917) sind nachbarrechtliche Beschränkungen. Doch können auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebieten, z. B. den in Artt 65, 66, 69 EG bezeichneten (Wasserrecht, Deich- und Sielrecht, Jagd- und Fischereirecht) Grunddienstbarkeiten durch Landesgesetz entstehen.

Die Grunddienstbarkeit kann nur zugleich mit dem herrschenden Grundstück und die Ausübung einer Grunddienstbarkeit nur zugleich mit der Benutzung des herrschenden Grundstücks auf einen anderen **übertragen** werden (s. A 3). Eine **Belastung** der Grunddienstbarkeit mit anderen dinglichen Rechten, auch mit dem Nießbrauch oder dem Pfandrecht, ist nach der Natur der Sache und nach § 1069 Abs 2 und § 1274 Abs 2, welche übertragbare Rechte verlangen, unzulässig. — Grunddienstbarkeiten werden **aufgehoben** durch Rechtsgeschäft gemäß § 875 (Aufgabeerklärung des Berechtigten und Löschung), durch Verjährung gemäß der allgemeinen Vorschrift des § 901 (Erlöschen zufolge Anspruchsverjährung, wenn die Grunddienstbarkeit zu Unrecht gelöscht ist) und nach der besonderen Vorschrift des § 1028 (Errichtung einer beeinträchtigenden Anlage auf dem belasteten Grundstück); ferner mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung, unter der sie bestellt ist, oder mit dem Eintritte des Zeitpunkts, bis zu dem sie nach der Begründung bestehen soll; weiter durch eine Veränderung der Oberfläche des herrschenden oder belasteten Grundstücks (z. B. durch dauernde Überschwemmung) in der Weise, daß die Ausübung der Grunddienstbarkeit dauernd ausgeschlossen ist, sowie durch dauernden Wegfall des Vorteils (§ 1019) für das herrschende Grundstück (M 3, 482; Prot 3, 308; RG Warn 1911 Nr 160; OLG 31, 336). Jedoch nach § 889 nicht dadurch, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks das Eigentum an dem herrschenden Grundstück erwirbt oder umgekehrt (wegen der nach früherem Recht begründeten Grundgerechtigkeiten s. unten). Wird aber ein Grundstück dem anderen gemäß § 890 Abs 2 als Bestandteil zugeschrieben, so daß nunmehr ein einheitliches Gesamtgrundstück besteht, so muß das Erlöschen der Grunddienstbarkeit angenommen werden, da das Bestehen eines solchen Rechtes nach § 1018 nur möglich ist, wenn ein selbständiges Grundstück als das berechtigte einem anderen selbständigen Grundstücke als dem dienenden gegenübersteht (KGJ 51, 261).

Außer den Vorbehalten zugunsten der Landesgesetzgebung für alle Dienstbarkeiten in Artt 109, 113, 114 EG (s. A 1) ist noch ein besonderer Vorbehalt für Grunddienstbarkeiten in Art 115 enthalten. Danach bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit gewissen Grunddienstbarkeiten untersagen oder beschränken oder welche den Inhalt und das Maß dieser Rechte näher bestimmen. Ferner bleiben gemäß Art 128 EG unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die Begründung

und Aufhebung einer Dienstbarkeit an einem Grundstück, das im Grundbuch nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der Grundbuchordnung nicht eingetragen zu werden braucht (vgl. § 90 GBO). Vgl. über die Zulässigkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten (z. B. Wegegerechtigkeiten) an dem Bahnkörper einer Kleinbahn § 5 PrGes. über die Bahneinheiten v. 8. 7. 02 und an dem Bahnkörper von Eisenbahnen **RG** Warn 1916 Nr 30. — Übergangsvorschriften enthalten die Artt 184, 187, 189, 191 EG (vgl. hierüber A 1). Auf die unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes begründeten Grunddienstbarkeiten, die zur Entstehung der Eintragung nicht bedurften (wie in Preußen), finden die §§ 891, 892 BGB keine Anwendung (vgl. hierüber § 891 A 1, § 892 A 3). Maßgebend ist daher hinsichtlich des Umfangs solcher Grunddienstbarkeiten, auch wenn sie eingetragen sind, gutgläubigen Erwerbern des Grundstücks gegenüber nicht der Inhalt des Eintragungsvermerks, sondern der des Vertrags, auf dessen Grund sie eingetragen sind (**RG** 20, 274, 28, 326; 33, 229; 60, 91; Gruch 32, 1072; JW 89, 85[52]); und ferner kann der Erwerber des Grundstücks sich für das Fortbestehen der Grunddienstbarkeit nicht darauf berufen, daß sie nicht gelöscht ist (**RG** JW 97, 615[38]; auch **RG** 6, 292; KGJ 27 A 115). Ob eine solche auch nach Anlegung des Grundbuchs bestehende, nicht eingetragene Grundgerechtigkeit (s. A 1 a. E.) durch Vereinigung des herrschenden und des dienenden Grundstücks in der Hand eines Eigentümers erlischt, bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen; denn nach Art 189 Abs 3 EG erfolgt die Aufhebung eines solchen Rechtes nach den bisherigen Gesetzen, bis das Recht in das Grundbuch eingetragen wird, und unter „Aufhebung" ist nicht bloß die rechtsgeschäftliche Aufhebung zu verstehen, sondern auch das ohne Rechtsgeschäft eintretende Erlöschen (**RG** Warn 1916 Nr 19; vgl. auch KGJ 51, 260). Aus gleichem Grunde bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen, ob solche Grunddienstbarkeiten durch Ereignisse, die ihnen den für ihr Wesen erforderlichen Inhalt nehmen, erlöschen (**RG** Gruch 46, 907; Warn 1911 Nr 160; OLG 31, 336). Zufolge Zwangsversteigerung gehen diese Grunddienstbarkeiten nur dann unter, wenn ihre Nichtübernahme im Zuschlagsbeschluß ausgesprochen ist (**RG** V 188, 199/05). — Über die französisch-rechtliche Befugnis, an die von dem Nachbar auf die Grenze gesetzte Scheidemauer anzubauen (mitoyenneté), vgl. **RG** 63, 6 u. § 921 A 8.

6. Nur **in einzelnen Beziehungen** darf die Benutzung des belasteten Grundstücks gestattet sein. So z. B. zum Fahren oder Reiten oder Viehtreiben (OLG 19, 419), auch zum Fischen auf einem See (**RG** Warn 1919 Nr 197). Unzulässig ist daher die Bestellung einer Grunddienstbarkeit, wonach die Befugnis zu Benutzungen aller Art, die bei dem belasteten Grundstücke in Frage kommen können, zustehen soll (vgl. OLG 15, 359), oder wenn eine Benutzung des belasteten Grundstücks in solch einem Umfange gewährt werden soll, daß für die Möglichkeit einer anderen Benutzung kein Raum bleibt (z. B. wenn das Recht zustehen soll, auf einer Fläche eine Kirche zu bauen und dauernd zu haben; KGJ 39 A 215; vgl. aber hinsichtlich eines sonstigen Bauwerks auch A 7). In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Grunddienstbarkeit von dem Nießbrauch, der gemäß § 1030 dem Nießbraucher gestattet, Nutzungen aller Art zu ziehen. Jedoch können auch mehrere Benutzungsarten Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein (z. B. die Befugnis, Kies, Steine, Sand zu entnehmen, Quellwasser zu beziehen, und die fernere Befugnis, alle dazu erforderlichen Arbeiten vorzunehmen, Maschinen aufzustellen, Gleise zu legen, Gebäude zu errichten), sofern nur nicht dadurch alle Nutzungsarten des belasteten Grundstücks erschöpft werden (OLG 15, 359; auch 26, 84; 26, 99). Die Befugnis zum Befahren eines Weges enthält auch die Befugnis zum Gehen darauf (**RG** Warn 08 Nr 479).

7. Unter **„Benutzen"** eines Grundstücks, das auf diesem Grundstücke von dem Eigentümer **geduldet** werden muß, ist ein fortgesetztes oder doch mehr oder weniger häufig und regelmäßig wiederkehrendes Gebrauchmachen von dem Grundstücke zu verstehen, da dem „jeweiligen" Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Benutzungsbefugnis zustehen soll (KGJ 26 A 275; 39 A 216; auch **RG** 60, 320). Daher stellt sich die Befugnis zur Vornahme einer einmaligen Handlung (z. B. zur Abholzung eines Waldes, zur Beseitigung von herüberragenden Gebäuden bei Herrichtung einer Straße) nicht als eine Befugnis zum Benutzen dar (**RG** 60, 317; KGJ 26 A 274; 39 A 215). Im übrigen ist Benutzung jeder mit einem Vorteile unmittelbar oder mittelbar verbundene Gebrauch (KGJ 33 A 234; 36 A 221; 39 A 216; OLG 15, 359; 18, 227). Auch die Ausnutzung der natürlichen Kräfte des Grundes und Bodens, um Früchte oder Bodenbestandteile, wie Kies, Steine, Sand, Lehm, Torf, Ton, Mineralien, auch Wasser (z. B. aus einem Teich) daraus zu gewinnen, ist ein Benutzen; allerdings ist damit eine Veränderung oder Verringerung des Bestandes der Erdoberfläche (der Grundstückssubstanz) verbunden, aber ein jedes Benutzen wird in gewissem Grade eine solche Veränderung herbeiführen, und eine Begrenzung ist nach dieser Richtung vom Gesetze nicht gegeben (**RG** JW 05, 393[12]; KGJ 24 A 119; RJA 7, 254; OLG 15, 359; 31, 337). Ferner enthält eine Befugnis zum „Benutzen" z. B. die Befugnis: zum Betreten eines Grundstücks, mag es unmittelbar Vorteil gewähren, wie beispielsweise beim Wegerecht, oder mittelbar, indem beispielsweise dadurch eine für die Rechtsverhältnisse des herrschenden Grundstücks wesentliche Feststellung ermöglicht wird (KGJ 36 A 221);

zum Benutzen eines gemeinschaftlichen Zugangs (OLG 12, 128); zum Haben eines Gebäudes oder eines Gebäudeteils auf dem belasteten Grundstücke, sofern sich die Befugnis nicht als ein (selbständig veräußerliches) Erbbaurecht auf Benutzung des fremden Grundstücks als Baugrund darstellt (KGJ 25 A 141; OLG 15, 360; SeuffA 29 Nr 11; s. aber unten); zum Haben eines über das dienende Grundstück hinüberführenden Kanals behufs Ableitung der Dränagewässer vom herrschenden Grundstück (vgl. **RG** 79, 377); zum Haben einer Feldbahn zwecks Anfuhr von Rohstoffen für ein Fabrikgrundstück (z. B. Rübenbahn für eine Zuckerfabrik; **RG** Warn 1913 Nr 154); zum Haben einer Stauanlage in einem zum dienenden Grundstück gehörenden Privatfluß (vgl. **RG** JW 1912, 361[32]). Das Recht aber, ein Bauwerk auf einem Grundstück zu haben, kann den Inhalt einer Grunddienstbarkeit nur dann bilden, wenn durch das Bestehen des Bauwerks nicht die Möglichkeit der Benutzung, die das Grundstück bietet, erschöpft wird (KGJ 39 A 217; vgl. A 6).

8. Auf die **Unterlassung gewisser Handlungen** kann nur dann eine Grunddienstbarkeit gerichtet werden, wenn die Vornahme der betreffenden Handlungen auf dem zu belastenden Grundstücke, sei es auf Grund des Eigentums, sei es auf Grund allgemeiner Rechtsvorschriften, an sich gestattet sein würde; denn eine nicht erlaubte Handlung (z. B. auch eine solche, die nach dem Nachbarrecht verboten ist) kann überhaupt nicht Gegenstand eines Rechtsgeschäfts sein (vgl. **RG** 61, 341; OLG 1, 380; RJA 3, 150). Anderseits können durch eine Grunddienstbarkeit auch solche Handlungen untersagt werden, die nach den Grundsätzen der persönlichen Freiheit oder der Gewerbefreiheit sonst allgemein gestattet wären (KGJ 36 A 219). Jedoch müssen die zu unterlassenden Handlungen solche sein, die sich darstellen als ein Benutzen des Grundstücks durch Ausübung des dem Eigentümer im § 903 gewährten Rechtes, mit dem Grundstücke nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen; denn eine jede Grunddienstbarkeit hat eine Einschränkung der Befugnisse des Eigentümers zum Ziele, indem der Eigentümer entweder die Einwirkung durch Vornahme einer Handlung seitens eines anderen dulden (s. A 7) oder eine Handlung, durch die er mit seinem Grundstück nach Belieben verfahren könnte, unterlassen muß (RJA 3, 150; KGJ 36 A 219). Daher kann z. B. die Unterlassung der Entnahme von Bier zum Betriebe einer Gastwirtschaft von einer anderen Brauerei als der bestimmten nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein, weil es sich nicht um Unterlassung der Benutzung des Grundstücks handelt (RJA 3, 148; OLG 15, 371). Dagegen kann zum Inhalte einer Grunddienstbarkeit gemacht werden z. B. die Unterlassung: des Betriebs einer Gastwirtschaft oder des gewerbsmäßigen Kleinhandels mit geistigen Getränken, da hierdurch die Benutzung des Grundstücks in erheblichem Maße beschränkt wird (KGJ 36 A 221; 45, 227); der Bewohnung eines Hauses oder der Gewährung einer Wohnung an Personen bestimmter Art und Zahl (KGJ 36 A 220; RJA 10, 74); der Vornahme von Veränderungen an einem Walde (KGJ 26 A 277); der Beseitigung eines zum Windschutz dienenden Waldstreifens (RJA 11, 133; über die Zulässigkeit der Nebenverpflichtung zur Aufforstung vgl. A 4); der Benutzung eines Weges durch den Eigentümer und andere Personen zu anderen als bestimmten Zwecken (**RG** JW 09, 688[15]); der Wiederaufrichtung einer Grenzmauer (KGJ 26 A 277); der Errichtung von Gebäuden, wie Fabriken, Ställen, Verkaufsläden, Schanklokalen, Vergnügungslokalen, oder von anderen Gebäuden als solchen bestimmter Art oder Höhe (OLG 5, 316; 8, 127; 10, 118; 15, 372; SeuffA 73 Nr 136; vgl. **RG** 14, 212; JW 00, 318[21]; 00, 900[19]; SeuffA 9 Nr 10); überhaupt der Bebauung einer Fläche, z. B. eines Hofraums (**RG** 47, 356; RJA 12, 69; KGJ 47, 186); eines Neubaus, der nicht einen bestimmten Abstand von der Grenze hat (KGJ 40 A 247; auch **RG** JW 00, 900[19]). — Die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bildende Einschränkung der Befugnisse des Eigentümers kann aber nur darauf gerichtet sein, daß der Eigentümer in der tatsächlichen Herrschaft über das dienende Grundstück beschränkt ist; nicht auf eine Beschränkung in der rechtlichen Verfügung (OLG 21, 408; SeuffA 66 Nr 210; KGJ 51, 297). Deshalb kann z. B. nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein: Unterlassung der Grundstücksteilung, da die aus einem Grundstückseigentum mehrere gesonderte Eigentumsrechte schaffende Teilung sich als rechtliche Verfügung über das Grundstück darstellt (OLG 21, 408; SeuffA 66 Nr 210); eine Beschränkung des Eigentümers in seiner Befugnis zur Verpachtung des Grundstücks, zur Nießbrauchsbestellung, zur Übertragung des Eigentums an eine andere Person (KGJ 45, 229; 51, 297).

9. **Ausschluß der Ausübung eines Rechtes, das sich aus dem Eigentum des belasteten Grundstücks dem anderen Grundstücke gegenüber ergibt,** kommt als Inhalt einer Grunddienstbarkeit vornehmlich bei den aus dem Nachbarrecht fließenden Rechten des Eigentümers des belasteten Grundstücks (den sog. Legalservituten) in Betracht (KGJ 23 A 228; vgl. RJA 10, 74, auch **RG** JW 1914, 845[19]). So z. B. wenn: der Eigentümer des belasteten Grundstücks dulden soll, daß der Nachbar bei Errichtung eines Gebäudes nicht den durch Landesgesetz (vgl. für Preußen §§ 139, 125 ALR I 8) vorgeschriebenen Bauabstand von der Grenze einhält (OLG 15, 365); die dem Eigentümer des belasteten Grundstücks nach § 906 auf das herrschende Grundstück zustehenden Einwirkungen verboten sein sollen, oder umgekehrt der Eigentümer des belasteten Grundstücks Einwirkungen, die von dem herrschenden Grundstück auf das seinige ausgehen und die er nach

§§ 903, 906 verbieten durfte, nicht verbieten dürfen soll (KGJ 23 A 229; 49, 196, auch RG JW 00, 676[46]; Warn 1915 Nr 141). Verzicht auf künftige Entschädigung wegen unzulässiger Einwirkung auf ein Grundstück darf nicht als Grunddienstbarkeit bestellt werden, da es sich hierbei um eine schuldrechtliche Verpflichtung handelt (s. A 4). Wohl aber ist, wenn die unzulässige Einwirkung durch Grunddienstbarkeit gestattet wird, Entschädigung wegen solcher Einwirkungen ausgeschlossen. — Das Recht, das ausgeschlossen werden soll, muß aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück entspringen. Ausschließung der mit einem Grundstück verbundenen (subjektiv-dinglichen) Rechte, z. B. einer Grunddienstbarkeit, einer Reallast, eines Vorkaufsrechts, einer Freikuxberechtigung kann nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein; sie stellt sich vielmehr als Aufhebung oder Einschränkung solcher Rechte dar (KGJ 23 A 227; 25 A 145; OLG 3, 292). — Ferner muß das (auszuschließende) Recht „gegenüber dem anderen Grundstück" bestehen. Das Recht des Eigentümers auf Teilung seines Grundstücks ist ein solches Recht nicht (OLG 21, 408).

§ 1019

Eine Grunddienstbarkeit kann nur[1]) in einer Belastung[2]) bestehen, die für die Benutzung[3]) des Grundstücks[4]) des Berechtigten Vorteil bietet[5]). Über das sich hieraus ergebende Maß hinaus kann der Inhalt der Dienstbarkeit nicht erstreckt werden[6]).

E I 967 II 930; M 3 481 f.; P 3 308 ff.

1. Aus den Worten **„kann nur"** folgt, daß § 1019 in Ergänzung des § 1018 zwingend bestimmt, inwieweit der Inhalt einer Grunddienstbarkeit stets mindestens beschränkt sein muß (vgl. RG 60, 319). Er kann aber im einzelnen Falle noch weiter beschränkt sein. So ist z. B. zulässig die Bestellung der Grunddienstbarkeit nicht für jede gegenwärtig oder künftig mögliche Art oder Gelegenheit des Benutzens, sondern lediglich für die zur Zeit der Bestellung mögliche Benutzungsart, oder nur so, daß sie allein durch den Eigentümer des Grundstücks ausgeübt werden kann. Es kommt in dieser Hinsicht wie überhaupt bezüglich des Umfangs der Grunddienstbarkeit auf den zum Ausdrucke gelangten Willen beider Beteiligten an. Regelmäßig wird die Grunddienstbarkeit nur für eine solche Benutzung bestellt sein, wie sie in ihrer Sonderart nach der Beschaffenheit der beteiligten Grundstücke und den sonst obwaltenden Umständen zur Zeit der Bestellung der Grunddienstbarkeit stattfinden konnte (vgl. RG 89, 220). Die Befriedigung der später gesteigerten Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks (z. B. bei einer Grunddienstbarkeit für ein Fabrikgrundstück zufolge Erweiterung des Fabrikbetriebs) wird aber dem Willen der Beteiligten entsprechen, es sei denn, daß die Änderung der Benutzungsart eine willkürliche ist oder bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit nicht vorauszusehen war oder daß es sich um neue Anlagen handelt (RG Gruch 39, 982; 45, 917; JW 85, 337[26]; 95, 154[32]; 95, 210[44]; Warn 08 Nr 479; 1913 Nr 154; SeuffA 52 Nr 75; 55 Nr 68; 73 Nr 136). So kann z. B. im Falle einer Wegegerechtigkeit, die für die Zwecke des landwirtschaftlichen Betriebs auf dem herrschenden Grundstücke bestellt worden ist, der Weg auch für einen späteren intensiveren als den ursprünglichen landwirtschaftlichen Betrieb benutzt werden; dagegen nicht für einen später auf dem herrschenden Grundstücke eingerichteten gewerblichen Betrieb (vgl. RG 76, 326; Warn 1916 Nr 30).

2. Der Vorteil muß durch die **Belastung** des dienenden Grundstücks gewährt werden. Ein Vorteil, der aus einem auf dem Grundstücke betriebenen Gewerbe gezogen wird (z. B. durch Lieferung von Waren, die in der auf dem dienenden Grundstück stehenden Fabrik gefertigt werden), kann nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein. Nicht nötig ist aber, daß die Belastung eine dauernde ist. Eine Grunddienstbarkeit des Inhalts, dem dienenden Grundstück Ton oder Lehm zu entnehmen (s. § 1018 A 8), ist auch dann zulässig, wenn das Ton- oder Lehmlager nicht nachhaltig ist; die Grunddienstbarkeit erlischt mit Erschöpfung des Lagers, nicht aber mit einer vorübergehenden tatsächlichen oder rechtlichen Hinderung seiner Benutzung (RG 26, 167). Eine Verpflichtung des Eigentümers eines Grundstücks, sich für den Fall der Entziehung der durch die Fluchtlinien bestimmten Fläche mit einer geringen Entschädigung zu begnügen, enthält nicht eine Belastung des Grundstücks (KGJ 25 A 148); ebensowenig das von der Eisenbahn eingeräumte Recht, auf dem eigenen Grundstücke ein Anschlußgleis zu legen (RG 58, 264). Vgl. hierüber § 1018 A 4 und über eine Grunddienstbarkeit für ein Anschlußgleis an eine Eisenbahn § 1018 A 2.

3. Der Vorteil kann nicht bloß **für die** gegenwärtige, sondern auch für die zukünftige mögliche **Benutzung** des herrschenden Grundstücks geboten werden (s. A 1). Z. B. kann eine Grunddienstbarkeit für ein Grundstück, auf dem gar keine Fabrik errichtet ist, für den Fall, daß eine solche darauf errichtet wird, bestellt werden. Im übrigen genügt es, wenn die Grundstücksbenutzung in irgendeiner Art gefördert wird (vgl. RG Gruch 50, 105; OLG 15, 359).

4. Für die Benutzung des **Grundstücks** muß ein Vorteil gewährt werden. Ein mit der Benutzung des Grundstücks nicht im Zusammenhange stehender, dem Besitzer des herrschenden Grundstücks nur persönlich dienender Vorteil (z. B. Unterlassung des Betriebs eines Wettbewerbsgeschäfts) ist nicht genügend (OLG 6, 119; 10, 117). So kann z. B. nicht eine Grunddienstbarkeit dahin bestellt werden, daß zugunsten des Militärfiskus eine Parzelle in der Nähe einer Festung entwaldet und die Wiederaufforstung unterlassen werden soll (RG JW 09, 146[33]) oder daß aus dem belasteten Grundstück Holz zum Verkauf durch den Eigentümer des herrschenden Grundstücks oder Wasser zur Abgabe an Dritte entnommen werden darf. In derartigen Fällen kann unter Umständen nur die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in Frage kommen (vgl. § 1018 A 3). Jedoch braucht der Vorteil dem Grundstücke nicht unmittelbar gewährt zu werden. Es genügt, wenn der, sei es auch in erster Linie dem Besitzer persönlich, dienende Vorteil zufolge der dabei benutzten Einrichtungen auf dem Grundstücke auch diesem zugute kommt (vgl. RG 30, 205; JW 00, 676[46]; 05, 393[12]; Warn 1913 Nr 154; Gruch 50, 105; OLG 15, 359). Daher ist eine Grunddienstbarkeit zulässig, wenn der Vorteil, der einem auf dem herrschenden Grundstücke betriebenen Gewerbe dient, mittelbar auch dem Grundstücke zum Vorteil gereicht (vgl. hierüber § 1018 A 3). Wird aber eine Grunddienstbarkeit für ein Fabrikgrundstück dahin bestellt, daß eine Feldbahn nicht nur dem Betriebe der Fabrik (z. B. eine Rübenbahn dem Betriebe einer Zuckerfabrik), sondern auch zur Beförderung von Gütern anderer Personen als des Grundstückseigentümers dienen soll, so hat die Dienstbarkeit in letzterer Hinsicht einen unzulässigen Inhalt (RG Warn 1913 Nr 154). — Die Grunddienstbarkeit kann ferner nur für das Grundstück, für das sie bestellt ist, nicht auch für andere Grundstücke des Berechtigten (RG 1, 329; 8, 212; JW 00, 677[48]; Gruch 32, 1011), auch nicht für eine nach der Bestellung der Grunddienstbarkeit dem Grundstück später zugeschriebene Fläche ausgeübt werden (RG 27, 164).

5. Der **Vorteil** kann auch in einer Annehmlichkeit, z. B. in Unterlassung eines für die Bewohner unangenehmen Gewerbes, in der Erhaltung eines bestimmten Charakters einer Gegend, bestehen (RG 61, 342; KGJ 45, 229). — Der Vorteil muß aber gegenwärtig wirklich bestehen. Eine lediglich gegebene Möglichkeit eines Vorteils genügt nicht; denn das Gesetz sagt nicht „Vorteil bieten kann", sondern „Vorteil bietet" (OLG 6, 120; vgl. jedoch RG 61, 341). — Ferner muß der Vorteil, da er die Benutzung des Grundstücks wirtschaftlich fördern soll, in den privatrechtlichen Beziehungen des einen Grundstücks zu dem anderen seine Unterlage finden (RG 61, 341; 78, 197; KGJ 36 A 217; 40 A 248; 42, 246; 45, 229; 47, 186; vgl. RJA 10, 76). Ein solcher Vorteil ist die Gewährleistung des Vollzugs öffentlichrechtlicher Vorschriften (z. B. einer Baupolizeiordnung) nicht (RG 61, 338; 78, 197; KGJ 47, 186; vgl. jedoch auch KGJ 40 A 248). — Benachbart brauchen das herrschende und das dienende Grundstück nicht zu sein (OLG 6, 120).

6. Eine Grunddienstbarkeit, die **über** das aus Satz 1 sich ergebende **Maß hinaus sich erstreckt**, ist, insoweit dies der Fall, nichtig (KGJ 24 A 118; vgl. auch RJA 12, 170 u. § 1018 A 5: eine unzulässigerweise auf mehrere selbständige Grundstücke eingetragene Dienstbarkeit). Wird das herrschende Grundstück zu einem anderen Zweck bestimmt (z. B. an Stelle eines Krankenhauses eine Fabrik errichtet), so erlischt die Grunddienstbarkeit, die nur dem früheren Zwecke diente, auch ohne Löschung. Die Berichtigung des Grundbuchs (§ 894 BGB, § 22 GBO) ist zulässig (vgl. auch § 54 Abs 1 Satz 2 GBO; RJA 12, 170). — Das Grundbuchamt hat die Eintragung abzulehnen, wenn sich aus der Eintragungsbewilligung ergibt, daß ein Vorteil für das herrschende Grundstück nicht geboten wird (OLG 6, 120). Wenn sich jedoch ein Vorteil ergibt, kann das Grundbuchamt den Eintragungsantrag deswegen, weil der Vorteil nicht (wie erforderlich ist, s. A 5) ein privatrechtlicher sei, nur dann ablehnen, wenn es begründeten Anhalt für die Annahme hat, daß ein privatrechtliches Interesse nicht vorhanden ist (KGJ 36 A 218).

§ 1020

Bei der Ausübung einer Grunddienstbarkeit hat der Berechtigte das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen[1]). Hält[2]) er zur Ausübung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück[3]) eine Anlage, so hat er sie in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten[4]), soweit das Interesse des Eigentümers[5]) es erfordert[6]).

E I 970 II 931; M 3 483; P 3 311 f.

1. Das Recht des Eigentümers und derjenigen, die ihre Rechte von diesem ableiten, steht dem des Grunddienstbarkeitsberechtigten nach. Der Berechtigte soll aber das Interesse des Eigentümers **tunlichst schonen** (RG Gruch 45, 1019). Das schließt eine Beeinträchtigung der Bewirtschaftung des belasteten Grundstücks nicht aus. Der Eigentümer kann das Grundstück, soweit dies die Ausübung der Grunddienstbarkeit gestattet, mitbenutzen. Anderseits

darf der Eigentümer die Ausübung der Grunddienstbarkeit nicht hindern oder vereiteln, und nur unerhebliche Unbequemlichkeiten muß sich der Berechtigte gefallen lassen (RG JW 02 Beil 249; Warn 08 Nr 479; Gruch 48, 106; 48, 154). Der Grundsatz der schonenden Ausübung darf nicht dahin führen, daß der Berechtigte zu einem auch nur teilweisen Verzicht auf sein Recht genötigt wird (RG Gruch 48, 954; Warn 1919 Nr 197). Ob eine vom Eigentümer des dienenden Grundstücks geplante Maßnahme (z. B. Verlegung des Wegezugs bei einer Wegegerechtigkeit, Errichtung einer Badeanstalt bei bestehender Fischereigerechtigkeit, Verengung der Durchfahrt bei einem Durchfahrtsrecht) geeignet ist, die Grunddienstbarkeit in ihrer Wesenheit zu berühren, ist Tatfrage (RG JW 02 Beil 249; 04, 294[17]; Gruch 48, 105; 48, 954; SeuffA 64 Nr 152; OLG 18, 148; 18, 149); ebenso aber auch, inwieweit der Berechtigte im Interesse des Eigentümers bei der Ausübung der Grunddienstbarkeit Maßnahmen unterlassen (z. B. Bezeichnung eines ihm gewährten Zugangs als eines öffentlichen) oder unbedeutende Schwierigkeiten (z. B. infolge Anbringung eines tagsüber unverschlossenen Tores vor der ihm gewährten Durchfahrt gegen Einhändigung eines Schlüssels) auf sich nehmen muß (RG Warn 08 Nr 479; Gruch 45, 1020; SeuffA 63 Nr 110). Vgl. auch § 1019 A 1 darüber, inwieweit die ursprüngliche Ausübungsart vom Berechtigten später geändert oder erweitert werden darf. — Handelt der Berechtigte dem Satz 1 zuwider, so kann der Eigentümer gegen ihn mit der Eigentumsstörungsklage (§ 1004) und gegebenenfalls (Vorliegen eines Verschuldens) auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung (§ 823) klagen.

2. Die **Anlage hält** der Berechtigte, auch wenn sie nicht in seinem Eigentum steht. Er hält sie aber nur, wenn er ein Recht auf diesen Bestand und ihre Erhaltung hat. Das ist z. B. nicht der Fall, wenn er das Wasser über das dienende Grundstück ableiten darf, jedoch kein Recht darauf hat, daß es gerade nach dem vorhandenen Graben geschieht. Wohl aber, wenn er z. B. berechtigt ist, zur Ableitung von Dränagewasser einen zu diesem Zweck hergestellten, über das dienende Grundstück führenden Kanal zu benutzen (vgl. RG 79, 377).

3. Die Anlage muß **auf dem belasteten**, nicht auf dem herrschenden **Grundstück** sein (z. B. ein Lichtschacht auf dem Bürgersteig einer städtischen Straße zugunsten des Eigentümers eines benachbarten Hauses, RG Gruch 58, 1003). Dem Erfordernis ist genügt, wenn sie, wie ein Balken, nur auf das belastete Grundstück hinüberragt.

4. Um sie zu **erhalten,** kann der Berechtigte das belastete Grundstück betreten. Satz 2 schafft ein gesetzliches Schuldverhältnis, keine Reallast. Daher ist die Eintragung der Verpflichtung zum Erhalten unzulässig (vgl. jedoch § 1021). Die Klage auf Erhaltung geht gegen den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks, ohne Rücksicht darauf, von wem und ob durch bloßen Zufall die Anlage beschädigt oder zerstört ist. Die Klage auf Schadensersatz aus § 823 (im Falle des Verschuldens) geht aber nur gegen den Schädigenden.

5. Das **Interesse des Eigentümers** ist verletzt, wenn das Eigentum beschädigt oder gefährdet wird (z. B. durch Herabfallen des Stucks eines Balkons).

6. Die Landesgesetzgebung kann nach Art 115 EG die Belastung mit gewissen Grunddienstbarkeiten weiter beschränken. Hierdurch sind insbesondere die gemeinrechtlichen Regeln über die Befugnisse, die mit den einzelnen Arten der Grunddienstbarkeit verbunden sind, aufrechterhalten. — § 1020 gilt auch für die bei Inkrafttreten des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten gemäß Art 184 EG (RG Gruch 45, 1020; Warn 1919 Nr 197).

§ 1021

Gehört zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstücke[1]), so kann bestimmt werden[1]), daß der Eigentümer dieses Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat[2]), soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert[3]). Steht dem Eigentümer das Recht zur Mitbenutzung[4]) der Anlage zu, so kann bestimmt werden[1]), daß der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat, soweit es für das Benutzungsrecht des Eigentümers erforderlich ist.

Auf eine solche Unterhaltungspflicht finden die Vorschriften über die Reallasten entsprechende Anwendung[5]).

E I 971 II 932; M 3 483 f.; P 3 312 ff.

1. **§ 1021 läßt für den Fall,** daß zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine **Anlage auf dem belasteten Grundstücke** gehört (nicht, wenn die Anlage sich auf dem herrschenden Grundstücke befindet), **zwei Vereinbarungen zu,** wodurch die Grunddienstbarkeit eine gewisse Eigenschaft erhält. Die Vereinbarungen können sowohl bei Begründung der Grunddienstbarkeit, als auch später getroffen werden. Auch wenn die Vereinbarung der Unterhaltungs-

pflicht erst nach Begründung der Grunddienstbarkeit getroffen wird, handelt es sich nicht um Auferlegung einer Reallast im Sinne des § 1105, sondern um Änderung des Inhalts der Grunddienstbarkeit (vgl. hierüber A 5). Die Vereinbarungen bedürfen aber gemäß §§ 873, 877 in jedem Falle der Eintragung (OLG 4, 294). Über diese Art der Eintragung und die Voraussetzungen für ihre Vornahme vgl. § 1018 A 5. Auch wenn dem Berechtigten gemäß Abs 1 Satz 2, sei es auch erst nachträglich nach Eintragung der Grunddienstbarkeit, die Unterhaltungspflicht auferlegt wird, soweit es für das Mitbenutzungsrecht des Eigentümers des dienenden Grundstücks erforderlich ist, genügt die Eintragung auf dem mit der Grunddienstbarkeit belasteten Grundstück (im Falle der nachträglichen Festsetzung für Preußen in Spalte Veränderungen). Denn trotz Festsetzung dieser Unterhaltungspflicht bleibt das begründete Recht nur ein einziges Grunddienstbarkeitsrecht mit besonderer Eigenart (s. A 5), eine Belastung des dienenden Grundstücks. Nach § 8 GBO kann zwar auf Antrag die Grunddienstbarkeit mit der Festsetzung der Unterhaltspflicht auch auf das herrschende Grundstück eingetragen werden, aber nur als ein dem Grundstücke zustehendes Recht (in Preußen im Bestandsverzeichnisse 2, vgl. KGJ 25 A 146), nicht hinsichtlich der Unterhaltungspflicht als eine selbständige Belastung (in Preußen also nicht in Abt II; str.; a. M. KGJ 51, 247 mit der Begründung: Die Unterhaltungspflicht könne die dingliche Wirkung gegen Dritte gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nach § 892 nur erhalten, wenn sie im Grundbuche des herrschenden Grundstücks eingetragen werde, und mit dem Bemerken: es müsse allerdings bei der Eintragung vermerkt werden, daß die Last mit dem Erlöschen der Grunddienstbarkeit auch ihrerseits erlösche; aber das Grundbuch ist ein Ganzes, will der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Grunddienstbarkeit für sein Grundstück in Anspruch nehmen, so muß er auch die auf dem Grundbuchblatt des dienenden Grundstücks als Bestandteil der Grunddienstbarkeit eingetragene Unterhaltspflicht gegen sich gelten lassen, und die Notwendigkeit jenes Vermerks bei Zulassung der fraglichen Eintragung zeigt, daß der Unterhaltungspflicht nicht ein selbständiges Recht des Eigentümers des dienenden Grundstücks gegenübersteht, sondern daß es sich hierbei, ebenso wie bei dem Mitbenutzungsrecht überhaupt, nur um eine Einschränkung des Grunddienstbarkeitsrechts handelt, während nach § 873 nur selbständig ein Grundstück belastende Rechte als eintragungsfähig erachtet werden können). Der Erwerber des herrschenden Grundstücks erwirbt mit dem Grundstücke das Grunddienstbarkeitsrecht nur mit den festgesetzten Beschränkungen, also auch mit der seinem Rechtsvorgänger obliegenden Unterhaltungspflicht, gleichviel, ob das Recht auf dem Grundbuchblatte vermerkt war oder nicht, und gleichviel, ob er das Bestehen der Unterhaltungspflicht gekannt hat oder nicht; denn das Grundbuch ist nicht im Sinne des § 892 unrichtig, wenn das Recht überhaupt oder die dazu gehörende Unterhaltungspflicht im Grundbuche des herrschenden Grundstücks nicht vermerkt ist (str.).

2. Würde die Vereinbarung der **Unterhaltungspflicht** (z. B. bezüglich: eines Treppenwegs für einen gewährten Zugang, **RG** 56, 378; einer Stauschleuse für das gewährte Recht auf Anstauen des abfließenden Wassers, **RG** 60, 90; eines Kanals behufs Ableitung von Dränagewasser, **RG** 79, 377; einer Schlammfanganlage für die Ableitung von Abwässern, KGJ 51, 242) nicht getroffen, so hätte der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Anlage nicht zu unterhalten, sondern es wäre Sache des Eigentümers des herrschenden Grundstücks, ob er die Anlage halten will oder nicht. Nur in ersterem Falle müßte er sie gemäß § 1020 Satz 2 so weit erhalten, als es das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks erforderte. — Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann sich von der Unterhaltungspflicht dadurch befreien, daß er den Teil des Grundstücks, auf dem sich die Anlage befindet, im Grundbuch abschreiben läßt, und darauf nach § 928 verzichtet. — Die Unterhaltungspflicht ist, sofern sie nicht etwa den hauptsächlichen Teil des Festgesetzten bildet, nicht als eine besondere Reallast im Sinne des § 1105 anzusehen, sondern sie bildet nur einen Bestandteil der Grunddienstbarkeitsbelastung (**RG** 60, 92; 79, 377, s. auch A 5). — Es kann auch bestimmt werden, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks nur einen Teil, der Eigentümer des herrschenden Grundstücks den andern Teil der Unterhaltungskosten zu tragen hat; denn hierdurch wird einesteils die Verpflichtung des ersteren Eigentümers zur Unterhaltung, andernteils das Recht des letzteren Eigentümers auf Unterhaltung eingeschränkt (vgl. **RG** 79, 378). — Über § 1021 Satz 1 hinaus kann dem Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Leistung nicht auferlegt werden (vgl. KGJ 41, 229; OLG 18, 147; 34, 192), daher z. B. auch nicht die Verpflichtung zur Herstellung, Erbauung der Anlage (KGJ 51, 249).

3. Durch die Vereinbarung kann dem Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht unbedingt, sondern nur insoweit die Unterhaltungspflicht auferlegt werden, als es das **Interesse des Berechtigten** an der Ausübung der Grunddienstbarkeit erfordert.

4. Wird im Falle des **Mitbenutzungsrechts des Eigentümers** (z. B. bezüglich eines Treppenwegs für einen gemeinschaftlichen Zugang, **RG** 56, 378) die Vereinbarung des Satz 2 nicht getroffen, so ist es Sache jeder der beiden Beteiligten, die Anlage soweit zu unterhalten, als es sein Interesse erfordert (str.). Verpflichtet ist dazu keiner von beiden. Insbesondere ist aus § 1020 Satz 2 nicht die (alleinige) Unterhaltungspflicht des Berechtigten zu folgern,

da dieser danach nur hinsichtlich einer solchen Anlage, die er für sich allein hält, zur Instandhaltung im Interesse des Eigentümers verpflichtet ist. Wenn dem Eigentümer des belasteten Grundstücks ein Mitbenutzungsrecht nicht zusteht oder wenn gar die Anlage lediglich seinem Interesse dient, kann die Unterhaltungspflicht des Grunddienstbarkeitsberechtigten als eine Besonderheit der Grunddienstbarkeit nicht vereinbart werden. Vielmehr würde es sich, wenn die Erfüllung der Unterhaltungspflicht dem Eigentümer des belasteten Grundstücks als ein Recht gewährt werden sollte, um Auferlegung einer besonderen Reallast handeln. Das gleiche würde zu gelten haben, wenn im Falle des § 1020 Satz 2 (alleiniges Benutzungsrecht des Grunddienstbarkeitsberechtigten) über das „Interesse" des Eigentümers hinaus und im Falle des Mitbenutzungsrechts (§ 1021 Abs 1 Satz 2) über das für das „Benutzungsrecht" des Eigentümers Erforderliche hinaus dem Berechtigten eine Unterhaltungspflicht auferlegt werden würde. — Der Berechtigte kann sich von der von ihm gemäß § 1021 Abs 1 Satz 2 übernommenen Unterhaltungspflicht durch Verzicht auf die Grunddienstbarkeit befreien.

5. Keine Anwendung finden die Vorschriften über die Begründung der **Reallasten**, wie sich ergibt: aus dem Wortlaute des Abs 2, der nur „auf die Verpflichtung", also auf die (anderweit) schon begründete Verpflichtung die Anwendung vorschreibt, ferner aus der Vergleichung mit der entsprechenden Bestimmung des § 914 Abs 3, wonach hier allerdings allgemein die Anwendung der „Vorschriften" über die Reallast vorgeschrieben ist, und aus dem Zusammenhange der beiden Absätze des § 1021, indem Abs 1 die Festsetzung, Abs 2 die Folgen der Auferlegung der Unterhaltungspflicht regelt (vgl. **RG** 79, 380). Daraus folgt, daß, wenn die Unterhaltungspflicht des Eigentümers oder des Berechtigten gemäß Abs 1 Satz 1 oder gemäß Abs 1 Satz 2 festgesetzt wird, nicht eine besondere Reallast begründet, sondern dem Grunddienstbarkeitsrechte nur eine besondere, vom Gesetze zugelassene Eigenart beigelegt wird (vgl. **RG** 60, 92; 79, 380). Auch wenn erst nach Begründung der Grunddienstbarkeit die Unterhaltungspflicht festgesetzt wird, handelt es sich nicht um Auferlegung einer Reallast, sondern um Änderung des Inhalts der Grunddienstbarkeit, indem das Recht auf Unterhaltung bzw. die Verpflichtung dazu zum Bestandteil des Grunddienstbarkeitsrechts gemacht wird (**RG** 60, 92). Wenn freilich die Unterhaltungspflicht die hauptsächliche Leistung ist, wird das begründete Recht sich überhaupt nicht als Grunddienstbarkeit, sondern als eine Reallast darstellen (vgl. **RG** 60, 92; 79, 377). — Von den Vorschriften über die Reallast finden namentlich die §§ 1105, 1107, 1108 Anwendung. Nach § 1105 kann auch im Falle der Unterhaltungspflicht des Berechtigten (§ 1020 Abs 1 Satz 2) die aus dieser Pflicht sich ergebende Leistung aus dem herrschenden Grundstücke gefordert werden, wiewohl die Pflicht nicht als (selbständige) Belastung auf dieses Grundstück eingetragen wird (s. A 1). Nach § 1108 haftet der Eigentümer des dienenden Grundstücks im Falle des § 1021 Abs 1 Satz 1 und der des herrschenden Grundstücks im Falle des § 1021 Abs 1 Satz 2 für die während der Dauer ihres Eigentums fällig werdenden Leistungen, d. h. für die, welche während dieser Zeit notwendig geworden sind, auch persönlich. Dies hat selbst dann zu gelten, wenn der Eigentümer des dienenden Grundstücks eine Anlage (z. B. einen Kanal behufs Ableitung von Drainagewasser) zu unterhalten, aber der Eigentümer des herrschenden Grundstücks ihm einen Teil der Unterhaltungskosten jeweils zu erstatten hat (vgl. **RG** 79, 379). Im Falle der Teilung des zum Unterhalt verpflichteten Grundstücks haften die Eigentümer der einzelnen Teile als Gesamtschuldner (§ 1108 Abs 2). Doch kommen daneben die §§ 1025, 1026 (s. § 1025 A 2, § 1026 A 4) zur Anwendung. — Liegen dem herrschenden Grundstück Leistungen (z. B. eines Teiles der jeweiligen Kosten der Unterhaltung einer Anlage) ob, so ist das Recht des Eigentümers des dienenden Grundstücks auf die Leistungen von dem rechtlichen Bestehen der Grunddienstbarkeit abhängig. Ist diese erloschen, so hört auch das Recht auf die Leistungen auf (vgl. **RG** 79, 380). — Die in Artt 113—115 zugunsten der Landesgesetze gemachten Vorbehalte finden nach Art 116 EG auf die Unterhaltungspflicht nicht Anwendung. Daher gelten für die Unterhaltungspflichten des § 1021 nur die Vorschriften des BGB, nicht auch die der Landesgesetze über die Reallasten (**RG** 60, 93). — § 1021 findet gemäß Art 184 EG auch auf die beim Inkrafttreten des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (**RG** 56, 381; 60, 93; 79, 380; OLG 4, 292). Es gelten also vor dem Inkrafttreten des BGB getroffene Vereinbarungen, die die Unterhaltungspflicht in einer nach § 1021 unzulässigen Weise regeln, nach dem 1. 1. 00 nicht mehr (**RG** 56, 378).

§ 1022

Besteht die Grunddienstbarkeit in dem Rechte, auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage zu halten[1]), so hat, wenn nicht ein anderes bestimmt ist[2]), der Eigentümer des belasteten Grundstücks seine Anlage zu unterhalten[3]), soweit das Interesse des Berechtigten

es erfordert. Die Vorschrift des § 1021 Abs 2 gilt auch für diese Unterhaltungspflicht[4]).

E I 971 II 933; M 3 483 f.; P 3 312 ff.

1. Unter **baulicher Anlage** ist nicht nur ein Gebäude, sondern auch jede andere durch menschliche Tätigkeit hergestellte Anlage zu verstehen; aber nicht eine natürliche Erhöhung oder Vertiefung.

2. Da nur, **wenn nicht ein anderes bestimmt ist,** die Unterhaltungspflicht des Eigentümers vorgeschrieben ist, kann diese durch Parteiwillkür auch anders geregelt werden.

3. Die im § 1022 gesetzte **Unterhaltungspflicht** bedarf als gesetzlicher Inhalt der Grunddienstbarkeit nicht der Eintragung ins Grundbuch; wohl aber die etwa von dieser gesetzlichen Regelung abweichend vertragsmäßig festgesetzte Unterhaltungspflicht (vgl. § 1020 A 2, 3).

4. Gemäß § 1021 Abs 2 **gelten** also für die Unterhaltungspflicht auch die §§ 1105, 1107, 1108 über Reallasten. Vgl. hierüber sowie hinsichtlich der Landesgesetzgebung und der zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten § 1021 A 5.

§ 1023

Beschränkt sich die jeweilige Ausübung einer Grunddienstbarkeit auf einen Teil des belasteten Grundstücks[1]), so kann der Eigentümer[2]) die Verlegung der Ausübung auf eine andere, für den Berechtigten ebenso geeignete Stelle[3]) verlangen[4]), wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für ihn besonders beschwerlich ist[5]); die Kosten der Verlegung hat er zu tragen und vorzuschießen[6]). Dies gilt auch dann, wenn der Teil des Grundstücks, auf den sich die Ausübung beschränkt, durch Rechtsgeschäft bestimmt ist[1]).

Das Recht auf die Verlegung kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden[7]).

E I 972 II 934; M 3 485 f.; P 3 314 ff.

1. Der § 1023 setzt voraus, daß das ganze Grundstück mit der Grunddienstbarkeit belastet ist und daß diese ihrem Inhalte nach (wie z. B. ein Wegerecht, eine Wasserleitungsgerechtigkeit) an sich auf jedem Teil des Grundstücks ausgeübt werden kann, aber von der **jeweiligen Ausübung** immer **nur ein Teil des Grundstücks** betroffen wird. Ob die Beschränkung der jeweiligen Ausübung auf einen Teil sich daraus ergibt, daß durch Rechtsgeschäft (den Begründungsvertrag oder eine spätere Abmachung) die Ausübung auf einen bestimmten Ort beschränkt ist oder daraus folgt, daß die Grunddienstbarkeit nach ihrer Art und Beschaffenheit jedesmal nur auf einem Teil ausgeübt werden kann, macht für die Anwendung des § 1023 Abs 1 Satz 1 keinen Unterschied. Wenn allerdings die Befugnis zur Ausübung an jedem beliebigen Orte ausdrücklich zum wesentlichen Inhalte der Grunddienstbarkeit gemacht ist, kann die Verlegung auf einen bestimmten Ort nicht verlangt werden, da hierdurch der Berechtigte an seinem Rechte selbst eine Einbuße erleiden würde (Prot 3, 315). Ist überhaupt nur ein Teil des Grundstücks mit der Grunddienstbarkeit belastet, so daß nur auf ihn das Recht eingetragen ist (vgl. OLG 21, 42) und lediglich er für das Recht (im Gegensatze zu dessen Ausübung) haftet (vgl. KGJ 31 A 311), so findet § 1023 keine Anwendung; der Teil gilt dann hinsichtlich der Grunddienstbarkeit als selbständiges Grundstück, auch wenn er auf Grund des § 6 Satz 2 GBO von dem Grundbuchblatte des Hauptgrundstücks nicht abgeschrieben ist (**RG** Gruch 48, 107 u. A 3). Vgl. über den Unterschied im Falle der Zwangsversteigerung § 1018 A 2. — Über die Erfordernisse der Eintragungsbewilligung, wenn mit der Grunddienstbarkeit das ganze Grundstück belastet werden, aber ihre Ausübung auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt sein soll, vgl. § 1018 A 5 Abs 1.

2. Nur der **Eigentümer,** nicht der Berechtigte kann die Verlegung verlangen. Daher enthält § 1023 eine über den § 1020 Satz 1 (schonende Ausübung) hinausgehende Verpflichtung des Berechtigten für den hier vorliegenden Fall, nämlich die Verpflichtung, die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf eine bestimmte Stelle zu beschränken.

3. Nur an eine **andere ebenso geeignete Stelle** kann die Verlegung verlangt werden, nicht auf ein anderes Grundstück, mag es auch demselben Eigentümer gehören und ebenso geeignet sein (**RG** 50, 82; JW 04, 294[17]; Gruch 48, 107). Der gesetzgeberische Grund hierfür ist, daß, wenn das andere Grundstück überschuldet wäre, der Berechtigte Gefahr laufen könnte, bei der Zwangsversteigerung mit seiner Grunddienstbarkeit auszufallen (Prot 3, 346). Ist nur ein Teil des Grundstücks (eine Parzelle) mit der Grunddienstbarkeit belastet (s. A 1), also diese nur auf den Teil eingetragen (vgl. OLG 21, 42), so kann die Verlegung auch nicht auf

einen anderen Teil des nämlichen Grundstücks verlangt werden, da der belastete Teil, auch wenn er auf Grund des § 6 Satz 2 GBO nicht von dem Grundbuchblatte des Hauptgrundstücks abgeschrieben worden ist, hinsichtlich der Grunddienstbarkeit gegenüber den anderen Teilen als selbständiges Grundstück anzusehen ist (RG Gruch 48, 107). Auch Verlegung auf ein dem mit der Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücke gemäß § 890 Abs 2 als Bestandteil zugeschriebenes Grundstück kann nicht verlangt werden, da letzteres nicht in die Belastung des Hauptgrundstücks eintritt. — Für die Frage, ob die neue Stelle für den Berechtigten ebenso geeignet ist, kommt jedes Interesse des Berechtigten, aber nicht eine ganz unerhebliche Unbequemlichkeit in Betracht (vgl. **RG** JW 04, 294[17]; Gruch 48, 105; 48, 954 u. § 1020 A 1).

4. Zu richten ist das **Verlangen** nur **auf Verlegung der Ausübung der Grunddienstbarkeit,** nicht auf Änderung des Inhalts (vgl. RJA 8, 139). Auf Einschränkung der Belastung des Grundstücks hat der Eigentümer keinen Anspruch; vielmehr belastet die Grunddienstbarkeit, auch wenn die Verlegung erfolgt, nach wie vor das ganze Grundstück. Hat aber hiernach das eingetragene Recht unberührt zu bleiben und das Verlangen nur die Änderung der jeweiligen tatsächlichen Ausübung des Rechtes zum Ziele zu nehmen, so kann der Abschluß eines Vertrags über die Verlegung nicht beansprucht werden und auch nicht die Eintragung der Ausübungsverlegung (str.). Die Art der Ausübung des Grunddienstbarkeitsrechts gehört überhaupt nicht in das Grundbuch, da sie nur eine tatsächliche Maßnahme des Berechtigten ist (str.; a. M. OLG 8, 301; 21, 42). Kommt der Berechtigte dem Verlangen auf Ausübung an der vom Eigentümer bezeichneten anderen Stelle nicht nach, sondern übt er trotz des Verlangens die Dienstbarkeit an der bisherigen Stelle weiter aus, so beeinträchtigt er das Eigentum widerrechtlich; der Eigentümer kann daher gemäß § 1004 gegen ihn darauf klagen, daß er die Ausübung der Dienstbarkeit an der bisherigen Stelle sowie überhaupt an anderer Stelle als an der bestimmt anzugebenden unterlasse (str.). Auch wenn der Berechtigte dem Verlangen, sei es freiwillig, sei es gezwungen durch das die Ausübung an anderer Stelle (als der verlangten) hindernde Urteil, nachgekommen ist, kann nochmals Verlegung der Ausübung verlangt werden, sofern sich erweist (sei es zufolge Veränderung der Umstände oder auch ohne diese), daß auch die Ausübung an der betreffenden Stelle für den Eigentümer besonders beschwerlich ist.

5. **Besonders beschwerlich** bedeutet, daß die Ausübung an der bisherigen Stelle für den Eigentümer nach den Umständen des Falles und der Auffassung des Verkehrs erheblich nachteiliger ist als an der durch Rechtsgeschäft bestimmten oder beim Mangel einer solchen Bestimmung als an jeder anderen Stelle des Grundstücks. Gleichgültig ist es, ob bei Bestellung der Grunddienstbarkeit diese besondere Beschwerlichkeit vorauszusehen war, und es kommt auch nicht darauf an, daß sie erst durch eine Veränderung der Umstände (wie z. B. durch Errichtung eines Gebäudes, Änderung der Ackerwirtschaft) herbeigeführt worden ist (Prot 3, 315).

6. Die **Kosten der Verlegung,** also alle Unkosten, die dem Berechtigten dadurch entstehen, daß er die Ausübung an der bisherigen Stelle aufgibt und an der verlangten Stelle die zur Ausübung erforderlichen Einrichtungen trifft (z. B. eine Wasserleitung, einen Fahrweg herstellt), **hat der Eigentümer zu tragen,** der die Verlegung verlangt hat. Sie ruhen nicht etwa als dingliche Last auf dem Grundstücke, sondern durch das Verlangen wird insoweit kraft Gesetzes eine persönliche Schuldverbindlichkeit des Verlangenden begründet.

7. **Ausschließung oder Beschränkung des Verlegungsrechts** verbietet Abs 2 im öffentlichen Interesse (M 3, 485). — Diese Bestimmung findet ebenso wie die des Abs 1 gemäß Art 184 EG auch auf die bei Inkrafttreten des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung, so daß eine vorher getroffene, dem Abs 2 entgegenstehende Vereinbarung nicht mehr wirksam ist (vgl. § 1021 A 5 a. E.).

§ 1024

Trifft eine Grunddienstbarkeit mit einer anderen Grunddienstbarkeit oder einem sonstigen Nutzungsrecht[1]) an dem Grundstücke dergestalt zusammen, daß die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang[2]), so kann jeder Berechtigte eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung[3]) der Ausübung verlangen[4]).

E I 973 II 935; M 3 486 f.; P 3 321.

1. Zu den **sonstigen Nutzungsrechten** gehören außer dem Nießbrauch, für den der § 1060 die gleiche Bestimmung gibt, und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, auf die § 1024 nach § 1090 Abs 2 ebenfalls Anwendung findet, auch die landesgesetzlich zugelassenen (vgl. Artt 63, 68, 67 Abs 1, 65, 74, 133 EG) dinglichen Nutzungsrechte, auch solche, die wie die Mithut dem Eigentum nicht vorgehen, sondern mit ihm gleichberechtigt sind (Prot 3, 321). Das Eigentum ist kein Nutzungsrecht im Sinne des § 1024; auch geht ihm die Grunddienst-

barkeit grundsätzlich im Range vor (Prot 3, 321). Der Fall des Zusammentreffens (der Kollision) der Grunddienstbarkeit oder sonstigen Nutzungsrechte mit Reallasten, Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden wird durch die Vorschriften des ZVG (vgl. §§ 10ff., 44ff., 52, 90ff.; auch Art 9 EG.ZVG) geregelt. Bezüglich des Zusammentreffens mit Miete oder Pacht vgl. §§ 577, 581.

2. Haben die zusammentreffenden Nutzungsrechte nicht **gleichen Rang,** so findet § 1024 keine Anwendung. Das vorgehende Recht hat bei seiner Ausübung den Vorzug, und das nachstehende Recht muß, auch wenn es zufolge des Zusammentreffens (der Kollision) nicht vollständig ausgeübt werden kann, ihm gegenüber zurückstehen. Die Rangverhältnisse bestimmen sich nach den §§ 879—881. — Nicht unzulässig ist es, eine Grunddienstbarkeit und eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit demselben Inhalt gleichzeitig zu bestellen (OLG 15, 359).

3. Die **Regelung** der Ausübung kann in der Weise geschehen, daß die Ausübung der Rechte zeitlich oder örtlich beschränkt oder für die Ausübung des einen Rechtes eine Geldabfindung gewährt wird. Dies letztere wird namentlich bei denjenigen Nutzungsrechten, die auch verpachtet werden können, in Betracht kommen. Fällt das mit der Grunddienstbarkeit zusammentreffende Nutzungsrecht fort, so kommt auch die freiwillige oder durch Urteil festgesetzte (s. A 4) Regelung der Ausübung von selbst in Fortfall.

4. Bezüglich des **Verlangens der Ausübungsregelung** gilt entsprechend das in § 1023 A 5 hinsichtlich des Verlangens der Ausübungsverlegung Bemerkte. Da es sich nicht um Änderung des Inhalts, sondern nur um eine gegenseitige Beschränkung der Gleichberechtigten bei der tatsächlichen Ausübung ihrer Rechte im Interesse ihrer aller (vgl. §§ 157, 226) handelt, kann auch hier weder der Abschluß eines Vertrags über die nunmehrige Art der Ausübung noch eine Eintragung verlangt werden. Letztere ist überhaupt nicht zulässig, da das Grundbuch nicht dazu bestimmt ist, über die behufs Ausübung des Rechtes zulässigen tatsächlichen Maßnahmen des Berechtigten Auskunft zu geben. — Wird dem Verlangen des Gleichberechtigten von den anderen nicht freiwillig stattgegeben, üben diese vielmehr ihre Rechte auch fernerhin derartig aus, daß der Verlangende sein Recht nicht oder nicht in der Weise auszuüben vermag, wie sie den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechen würde, so beeinträchtigen sie sein Recht widerrechtlich; er kann daher (vgl. §§ 1027, 1065, 1090 in Verbindung mit § 1004) gegen sie darauf klagen, daß sie eine jede Ausübung ihrer Rechte unterlassen, die eine andere ist als die bestimmt zu bezeichnende, den Interessen aller Berechtigten billigerweise entsprechende (str.; vgl. M 3, 486). — Der Anspruch unterliegt nicht der Verjährung, da er ein Anspruch aus eingetragenem Rechte im Sinne des § 902 ist (vgl. Prot 3, 321). — Nach Art 184 EG ist der Anspruch auch für und gegen die Inhaber der zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Nutzungsrechte gegeben (vgl. § 1021 A 5 a. E.).

§ 1025

Wird das Grundstück des Berechtigten geteilt[1]), so besteht die Grunddienstbarkeit für die einzelnen Teile fort[2]); die Ausübung ist jedoch im Zweifel nur in der Weise zulässig, daß sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird[3]). Gereicht die Dienstbarkeit nur einem der Teile zum Vorteile[4]), so erlischt[5]) sie für die übrigen Teile[6]).

E I 976 II 936; M 3 487 ff.; P 3 817 f.

1. **Geteilt wird das herrschende Grundstück,** wenn ein Teil von einem anderen als dem bisherigen Eigentümer erworben wird; aber auch dann, wenn ohne Wechsel des Eigentümers ein Teil des Grundstücks von dem Grundbuchblatte abgeschrieben wird und ein besonderes Grundbuchblatt erhält (vgl. M 3, 487; E I 787).

2. Wenn die Grunddienstbarkeit darin besteht, daß auf dem belasteten Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder daß die Ausübung eines Rechtes des Eigentümers des belasteten Grundstücks ausgeschlossen ist oder wenn der Berechtigte vom Eigentümer die Unterhaltung einer Anlage nach § 1021 Abs 1 Satz 1 oder nach § 1022 fordern kann (ein Recht, das sich nicht als besondere Reallastberechtigung, sondern als ein Bestandteil der Grunddienstbarkeit darstellt, so daß nicht § 1109, insbesondere nicht Abs 2, sondern § 1025 zur Anwendung kommt; str., s. § 1021 A 5), so folgt aus dem **Fortbestehen für die einzelnen Teile,** daß jeder Eigentümer eines jeden Teiles des herrschenden Grundstücks, weil an sich einem jeden die ganze Grunddienstbarkeit zusteht, auf Unterlassung der Handlung oder der Ausübung des Rechtes oder auf Unterhaltung der Anlage (mittelbare Leistung) klagen kann. Falls die Grunddienstbarkeit darin besteht, daß der Berechtigte das

belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf (erster Fall des § 1018), kann der Eigentümer eines jeden Teiles des herrschenden Grundstücks die Grunddienstbarkeit nicht nur im Rechtswege als sein Recht geltend machen, sondern sie auch im ganzen ausüben, soweit ihm nicht durch Halbs 2 § 1025 oder durch besondere Vertragsabrede (s. A 3) in der Ausübung Schranken gesetzt sind oder die Grunddienstbarkeit nach Satz 2 § 1025 erloschen ist. Das Fortbestehen der Grunddienstbarkeit für alle Teile äußert seine Wirkung auch im Falle der Zwangsversteigerung (§ 92 ZVG). — Auf den Fall des § 1021 Abs 1 Satz 2 (Pflicht des Berechtigten zur Unterhaltung einer Anlage, an der dem Eigentümer ein Mitbenutzungsrecht zusteht) findet § 1025 keine Anwendung, da das mit der Grunddienstbarkeit belastete Grundstück nicht gegenüber dem herrschenden Grundstücke hinsichtlich der Unterhaltungspflicht als herrschendes Grundstück im Sinne des § 1025 anzusehen ist (s. § 1021 A 1, 5). Soweit nicht infolge Teilung des belasteten Grundstücks einzelne Teile gemäß § 1026 von der Grunddienstbarkeit frei werden, folgt das Recht auf die Unterhaltung für den Eigentümer eines jeden Teiles aus der durch die Unterhaltungspflicht des Berechtigten eingeschränkten Grunddienstbarkeitsbelastung seines Teiles von selbst (str.).

3. Besonders in dem Falle, daß der Berechtigte das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf (erster Fall des § 1018), wird bei Bestellung der Grunddienstbarkeit eine Vereinbarung darüber getroffen sein können, ob im Falle einer Teilung des herrschenden Grundstück sich das Maß der Ausübung nach dem Bedürfnis der einzelnen Teile richten soll oder nicht. Der Halbs 2 gibt in dieser Beziehung eine Auslegungsregel dahin, daß **im Zweifel die Ausübung** der ganzen Grunddienstbarkeit durch alle Eigentümer der Teile des herrschenden Grundstücks für den Eigentümer des belasteten Grundstücks **nicht soll beschwerlicher werden dürfen.** Ist daher bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit keine Bestimmung für den Fall der Zerstücklung des herrschenden Grundstücks getroffen, so hat, sofern nicht ein Fall des Satz 2 (wenn die Dienstbarkeit nur einem bestimmten Teile von Nutzen gewesen ist) vorliegt, die Ausübung bei einer durch ein gewisses Maß bestimmten Dienstbarkeit (z. B. wenn nur eine bestimmte Anzahl Vieh zur Weide soll aufgetrieben oder nur eine bestimmte Menge Bodenbestandteile aus dem belasteten Grundstücke soll entnommen werden dürfen) von den einzelnen Teilnehmern verhältnismäßig, bei unbestimmten Dienstbarkeiten aber von allen Teilnehmern gemeinschaftlich zu erfolgen, soweit nicht auch die letztere Ausübung noch für den Belasteten beschwerlicher ist als die frühere Ausübung durch den einen Berechtigten (vgl. **RG** Gruch 26, 999; 32, 943). Überschreiten die mehreren Berechtigten bei der Ausübung des an sich einem jeden von ihnen zustehenden Grunddienstbarkeitsrechts (s. A 2) das hiernach von einem jeden einzuhaltende Maß des tatsächlichen Ausübens, so beeinträchtigen sie das belastete Eigentum widerrechtlich; der Eigentümer kann daher gemäß § 1004 gegen sie darauf klagen, daß sie die Grunddienstbarkeit nicht anders ausüben als in der von ihm bestimmt zu bezeichnenden Art und Weise (str.). — Auf eine etwaige Vereinbarung der mehreren Berechtigten darüber, in welcher Weise und zu welchem Maße von einem jeden die Grunddienstbarkeit soll ausgeübt werden, ist § 745 entsprechend anzuwenden. Der belastete Eigentümer ist aber daran nicht gebunden, wenn er zu der Vereinbarung nicht hinzugezogen ist.

4. Die Dienstbarkeit gereicht **nur einem der Teile zum Vorteile** z. B. dann, wenn sie darin besteht, daß der Berechtigte einen Teil eines Gebäudes, dessen anderer Teil auf seinem Grundstücke sich befindet, auf dem belasteten Grundstücke stehen lassen kann (vgl. KGJ 25 A 141).

5. Die Grunddienstbarkeit **erlischt für die übrigen Teile** kraft Gesetzes mit der Abschreibung der einzelnen Teile, ohne daß es ihrer Löschung auf den betroffenen Teilen oder einer Einwilligung der Eigentümer dieser Teile bedarf. Ist sie auf dem Grundbuchblatte des nunmehr geteilten Grundstücks gemäß § 8 Abs 1 GBO vermerkt und steht zur Zeit der Abschreibung bereits fest, daß dies Recht für einzelne Teile erlischt, so ist es auf die Grundbuchblätter für diese Teile nicht (in Preußen nach Bestandsverzeichnis 2) mitzuübertragen. Ist trotzdem die Übertragung erfolgt, so hat das Grundbuchamt gemäß § 8 Abs 2 GBO die Vermerke von Amts wegen zu berichtigen, also zu streichen. Jedoch hat die Streichung von Amts wegen zur ferneren Voraussetzung, daß auf das belastete Grundstück zuvor eingetragen ist, daß für die betroffenen Teile die Grunddienstbarkeit nicht mehr besteht (vgl. KGJ 25 A 146). Diese Eintragung (teilweise Löschung) erfolgt im Wege der Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 Abs 1 GBO, da das Grundbuch des belasteten Grundstücks durch das kraft Gesetzes eingetretene teilweise Erlöschen der Berechtigung unrichtig geworden ist (vgl. KGJ 24 A 118). Freilich wird dem Grundbuchamte von dem belasteten Eigentümer nur selten ein zweifelsfreier urkundlicher Nachweis des Erlöschens erbracht werden können, und wird daher eine, sei es freiwillige (§§ 19, 29 Satz 1 GBO), sei es gemäß § 894 ZPO durch Urteil ersetzte Bewilligung der Berichtigung seitens der betroffenen Berechtigten erforderlich sein. Auf diese Bewilligung aber hat der Eigentümer gemäß § 894 BGB ein Recht.

6. § 1025 findet gemäß Art 184 EG auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (vgl. § 1021 A 5 a. E.).

§ 1026

Wird das belastete Grundstück geteilt[1]), so werden, wenn die Ausübung[2]) der Grunddienstbarkeit auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks beschränkt[2]) ist, die Teile, welche außerhalb des Bereichs der Ausübung liegen, von der Dienstbarkeit frei[3]).

E I 975 II 937; M 3 487 ff.; P 3 317.

1. Wird **das belastete Grundstück geteilt,** so haftet nach dem Grundsatze der Unteilbarkeit der Grunddienstbarkeit diese grundsätzlich, wie bisher auf dem ganzen Grundstücke, so auch auf allen Teilen (vgl. Prot 3, 317). Auch wenn vor der Teilung die Grunddienstbarkeit nur auf einzelnen Flächen des Grundstücks ausgeübt werden konnte oder doch tatsächlich ausgeübt wurde, blieb das ganze Grundstück belastet und wurden die anderen Flächen nicht von der Haftung für das Recht frei (vgl. KGJ 31 A 311, § 1023 A 1, 3). Nach jenem Grundsatze müßte daher auch in einem solchen Falle die Grunddienstbarkeit bei einer Teilung des Grundstücks an allen Teilen, trotz der Beschränkung der Ausübung auf einzelne Flächen, als Grundstücksbelastung bestehenbleiben. § 1026 nimmt jedoch diesen Fall von dem Grundsatze aus, indem er das Erlöschen des Dienstbarkeitsrechts an denjenigen zufolge einer Teilung abgesonderten Grundstücksteilen bestimmt, die außerhalb des Bereichs der auf einen bestimmten Teil beschränkten Ausübung des Rechtes liegen. Die Vorschrift setzt sich aus Zweckmäßigkeitsgründen über das Bedenken hinweg, daß der Berechtigte zufolge Erlöschens des Rechtes an den von der Ausübung nicht berührten Teilen und der daraus sich ergebenden Minderung der Gegenstände der Haftung für das Recht unter Umständen bei der Zwangsversteigerung geschädigt werden kann (M 3, 488; Prot 3, 317). — Eine Teilung kann auch ohne einen Wechsel des Eigentümers stattfinden (s. § 1025 A 1).

2. Die **Beschränkung der Ausübung** des das ganze Grundstück belastenden Rechtes auf einen bestimmten Teil kann sich aus dem Inhalte der Grunddienstbarkeit von selbst ergeben (z. B. bei Wegegerechtigkeiten, bei Traufrechten, KGJ 4, 167; 31 A 310; bei dem Recht auf Entnahme von Mergel aus einer bestimmten Mergelgrube, KGJ 24 A 118; bei Beschränkung der Bebaubarkeit, SeuffA 74 Nr 31) oder aus dem Rechtsgeschäfte der Bestellung. Nicht hierher gehört der Fall, daß nur die jeweilige Ausübung, d. h. die tatsächliche Ausübung im Einzelfalle, sich immer lediglich auf einen Teil beschränkt, aber an sich nach Belieben, soweit nicht § 1020 entgegensteht, bei jedem Fall der Ausübung ein anderer Teil zur Ausübung gewählt werden kann (s. § 1023 A 1). Jedoch kann auch in einem solchen Falle § 1026 dann Anwendung finden, wenn bezüglich des einen oder anderen Teiles die Ausübung dauernd unmöglich ist (vgl. KGJ 31 A 312).

3. Die ganz außerhalb des Ausübungsbereichs liegenden **Teile werden kraft Gesetzes frei** mit der Abschreibung der Teile vom belasteten Grundstücke, ohne daß es einer Löschung der Belastung auf diesen Teilen oder einer Bewilligung des Berechtigten bedarf. Steht bei der Abschreibung bereits fest, daß die Teile außerhalb des Ausübungsbereichs liegen, so hat das Grundbuchamt die Dienstbarkeit auf die Grundbuchblätter der Teile nicht mitzuübertragen (KGJ 24 A 120). Hat die Mitübertragung stattgefunden, so können die Eigentümer der befreiten Teile gemäß § 22 Abs 1 GBO Berichtigung des Grundbuchs beantragen, da ihr die Belastung aufführendes Grundbuchblatt wegen tatsächlichen Nichtbestehens der Belastung unrichtig ist (KGJ 24 A 120). Kann jedoch dem Grundbuchamte nicht urkundlich nachgewiesen werden, daß die Teile außerhalb des Ausübungsbereichs liegen, so ist zur Löschung die freiwillige (§§ 19, 29 Satz 1 GBO) oder gemäß § 894 ZPO durch Urteil ersetzte Bewilligung der Löschung seitens des Berechtigten erforderlich. Auf die Erteilung dieser Bewilligung haben die Eigentümer der freigewordenen Teile gemäß § 894 BGB ein Recht. — § 1026 findet auch auf die Unterhaltungspflicht des Eigentümers aus § 1021 Abs 1 Satz 1 und aus § 1022 Satz 1 Anwendung, und zwar in der Weise, daß dem Berechtigten das Recht auf Leistung der Unterhaltung nur gegenüber den Eigentümern derjenigen Teile zusteht, die von der Dienstbarkeit nicht frei werden. — Ferner findet § 1026 auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung (Art 184 EG; vgl. § 1021 A 5 a. E.). — Nicht anwendbar dagegen ist er auf den Fall des § 1021 Abs 1 Satz 2 (Pflicht des Berechtigten zur Unterhaltung einer Anlage, an der dem Eigentümer ein Mitbenutzungsrecht zusteht), da das herrschende Grundstück nicht hinsichtlich der Unterhaltungspflicht als mit einer Grunddienstbarkeit belastetes Grundstück im Sinne des § 1026 anzusehen ist (str.). Wird das herrschende Grundstück geteilt, so fällt zwar die Unterhaltungspflicht derjenigen Teileigentümer fort, für deren Teile das Grunddienstbarkeitsrecht gemäß § 1025 Satz 2 erlischt, dies jedoch deswegen, weil Recht und Unterhaltungspflicht im untrennbaren Zusammenhange stehen; den anderen Teileigentümern liegt aus gleichem Grunde zufolge des Fortbestehens des Rechtes für ihre Teile (§ 1025 Halbs 1) auch die Unterhaltungspflicht ob (vgl. § 1025 A 2).

§ 1027

Wird eine Grunddienstbarkeit[1]) beeinträchtigt[2]), so stehen dem Berechtigten[3]) die im § 1004 bestimmten Rechte zu[4]).

E I 978 II 938; M 3 489; P 3 327.

1. Die **Grunddienstbarkeit** muß beeinträchtigt sein; es genügt nicht, daß sich die Störung nur gegen die Person des die Grunddienstbarkeit Ausübenden richtet.

2. Die Grunddienstbarkeit wird durch völlige Verhinderung, aber auch durch nur teilweise tätliche Störung ihrer Ausübung **beeinträchtigt.** Z. B. durch Errichtung eines Gebäudes auf der Fläche, die gemäß der Grunddienstbarkeit unbebaut bleiben sollte (**RG** 47, 359). Auch durch bloße Worte oder Drohungen kann unter Umständen, namentlich wenn sie ein Bestreiten des Rechtes enthalten und mit einem förmlichen Verbote fernerer Ausübung oder mit Androhung tätlicher Verhinderung verbunden sind, eine Behinderung der Ausübung und damit eine Beeinträchtigung der Dienstbarkeit bewirkt werden (vgl. **RG** JW 08, 274[9]). Das Bestreiten des Rechtes im Rechtsstreite aber stützt die Klage nicht, da die Verteidigung, mag sie auch unbegründet sein, doch nicht widerrechtlich ist. Ist das Bestreiten außerhalb des Rechtsstreites nicht ein derartiges, daß darin eine Beeinträchtigung des Rechtes zu finden ist, so kann nur unter den Erfordernissen des § 256 ZPO eine Feststellungsklage erhoben werden. — Über den Fall der Beeinträchtigung durch uneingeschränkte Ausübung eines im Range gleichstehenden Rechtes vgl. § 1024 A 4.

3. **Berechtigter** ist der Eigentümer des herrschenden Grundstücks, im Falle des Miteigentums jeder Miteigentümer, im Falle der Teilung jeder Teileigentümer, sofern nicht für seinen Teil die Dienstbarkeit gemäß § 1025 Satz 2 erloschen ist. Dem Nießbraucher steht, wie die Nutzung des Grundstücks überhaupt (§ 1030), so auch die Ausübung der Grunddienstbarkeit zu, da diese gemäß § 96 einen Bestandteil des Grundstücks bildet. Daher liegt in der Störung der Dienstbarkeitsausübung zugleich eine Störung seines Nießbrauchsrechts, so daß er auf Grund des § 1065 gegen die Störung ebenso wie der Dienstbarkeitsberechtigte selbst nach § 1027 einzuschreiten befugt ist. Mieter oder Pächter des herrschenden Grundstücks sind weder Dienstbarkeitsberechtigte, noch haben sie nach dem Gesetz gleich diesem oder dem Nießbraucher eine Klage (aus § 1004) wegen Störung ihres Rechtes. Sie können daher nur unter den Voraussetzungen des § 256 ZPO eine Klage auf Feststellung des Bestehens der Grunddienstbarkeit gegen den Bestreitenden erheben (str.). Für den Eigenbesitzer gewährt § 1029 Besitzesschutz.

4. Die **im § 1004 bestimmten Rechte** begründen die Klage auf Beseitigung der Störung und, falls weitere Störungen zu besorgen (nicht bloß möglich, **RG** 63, 374) sind, auch die Klage auf Unterlassung (vgl. **RG** 77, 218; Warn 1911 Nr 331) gegen den Störer, selbst wenn er nicht der Eigentümer des belasteten Grundstücks, sondern ein Dritter ist (**RG** Warn 1911 Nr 331; OLG 15, 361; 18 S. 148, 149). Störer ist zunächst, wer eine die Grunddienstbarkeit beeinträchtigende Handlung vornimmt. Aber auch derjenige „stört", der durch einen Beauftragten die störende Handlung vornehmen läßt oder auf dessen Willen ein störendes Ereignis zurückzuführen ist, sowie derjenige, der einen die Ausübung der Dienstbarkeit (ganz oder teilweise) hindernden Zustand oder von ihm veranlaßte, fortdauernd gleichmäßig erfolgende, die Ausübung der Dienstbarkeit störende Maßnahmen (z. B. den Transport von Schiffen, wodurch eine Fischereigerechtigkeit beeinträchtigt wird) trotz der von der störenden Einwirkung erlangten Kenntnis nicht beseitigt, wiewohl die Beseitigung von seinem Willen abhängt (vgl. **RG** 55, 55; Warn 09 Nr 143; 1911 Nr 331; Gruch 45, 1008; 45, 1016; SeuffA 58 Nr 15; 60 Nr 18; 60 Nr 103). Ferner ist Störer der Eigentümer des dienenden Grundstücks, wenn er duldet, daß ein anderer die Dienstbarkeit störende Veranstaltungen auf seinem Grund und Boden vornimmt; denn er ist verantwortlich dafür, daß die auf seinem Eigentum lastende Dienstbarkeit ausgeübt werden kann, und ist daher verpflichtet, Störungen zu beseitigen (**RG** 47, 162; JW 00, 840[6]; 02 Beil 187; Warn 1911 Nr 331). Störer ist aber nicht ein früherer Eigentümer des dienenden Grundstücks deswegen, weil er bei der Veräußerung gewußt hat, daß der Erwerber eine Anlage herstellen wolle, die eine Beeinträchtigung der Dienstbarkeit herbeiführen müsse, und weil demnächst diese Anlage hergestellt worden ist; denn die Veräußerung läßt das Dienstbarkeitsrecht unberührt und der Berechtigte kann sich gegenüber dem Erwerber der Herstellung der störenden Anlage erwehren (**RG** Warn 1911 Nr 331). — Daß der Störende ein Recht zu der störenden Handlung behauptet, also eine Rechtsanmaßung, ist keine Voraussetzung für die Klage (vgl. **RG** Gruch 44, 1095). Hat er aber ein Recht zu der Handlung (z. B. weil ihm eine beeinträchtigende Anlage vom Berechtigten gestattet ist), so ist die Klage ausgeschlossen. Erforderlich ist nicht, daß den Störenden ein Verschulden trifft, vielmehr genügt das Vorliegen einer objektiv widerrechtlichen Störung (vgl. **RG** 51, 414; Gruch 46, 653). Soll aber ein Schadensersatzanspruch (§§ 823 ff.) wegen der Störung geltend gemacht werden, so ist ein Verschulden Voraus-

setzung hierfür (vgl. RG 45, 300; 58, 132; 61, 256; 63, 379; JW 02, 70; Warn 1911 Nr 331). Dabei sind die §§ 1004, 1027 als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs 2 zu erachten (RG 51, 177; JW 04, 360[16]; Warn 1910 Nr 18 u. 281; 1911 Nr 331). Ein Verschulden des Störers ist jedoch nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ausnahmsweise nicht Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch, wenn die Beeinträchtigung des Dienstbarkeitsrechts von einer gewerblichen oder gemeinnützigen Anlage ausgeht und dem Verletzten wegen obrigkeitlicher Genehmigung der Anlage nicht die Befugnis zusteht, den widerrechtlichen Eingriff abzuwehren, denn die Entschädigungsforderung tritt in einem solchen Falle an die Stelle des Anspruchs auf Abwehr (RG Warn 1911 Nr 331; 1916 Nr 30; vgl. RG 58, 130; 63, 374; JW 04, 360[16]; 07, 299[1]; 1910, 580[15]). — Behauptet der Störer, die Beeinträchtigung in Ausübung des Rechtes eines Dritten vorgenommen zu haben (z. B. als Nießbraucher), so kommt § 77 ZPO zur Anwendung. — Der Anspruch ist, wenn die Grunddienstbarkeit eingetragen ist — was bei den zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Dienstbarkeiten, auf die gemäß Art 184 EG die Vorschrift des § 1027 ebenfalls Anwendung findet (vgl. § 1021 A 5 a. E.), nicht der Fall zu sein braucht (Art 187 EG) —, gemäß § 902 unverjährbar.

§ 1028

Ist auf dem belasteten Grundstück eine Anlage, durch welche die Grunddienstbarkeit beeinträchtigt wird, errichtet worden[1]), so unterliegt der Anspruch des Berechtigten auf Beseitigung der Beeinträchtigung der Verjährung, auch wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist[2]). Mit der Verjährung des Anspruchs erlischt die Dienstbarkeit, soweit der Bestand der Anlage mit ihr in Widerspruch steht[3]).

Die Vorschriften des § 892 finden keine[4]) Anwendung[5]).

P 3 321 ff.

1. Eine **auf dem belasteten Grundstück errichtete beeinträchtigende Anlage** ist eine mit dem Grund und Boden des dienenden Grundstücks verbundene dauernde Einrichtung (z. B. ein Gebäude, eine aufgesetzte Mauer, Anpflanzungen, Gräben, Dämme), wodurch die Ausübung der Grunddienstbarkeit (z. B. einer Wegegerechtigkeit) völlig oder teilweise verhindert wird (s. § 1027 A 2). Gleichgültig ist, von wem sie errichtet ist, ob von dem Eigentümer oder von einem Dritten. Auch darauf kommt es nicht an, daß die Anlage im Glauben an ein Recht hergestellt ist. Selbst dann, wenn der Errichtende die Anlage im bösen Glauben heimlich oder gewaltsam errichtet hat, findet § 1028 Anwendung. Verfall einer der Dienstbarkeit dienenden Anlage aber genügt nicht. Es muß eine besondere neue Anlage hergestellt sein, die zwar nicht die Ausübung der Dienstbarkeit gänzlich unmöglich zu machen braucht, aber doch wenigstens der Ausübung an der betreffenden Stelle hindernd entgegenstehen muß.

2. Daß **der Anspruch auf Beseitigung trotz Eintragung der Verjährung unterliegt,** ist eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 902 Abs 1 Satz 1. Auf die Verjährung des Anspruchs finden die §§ 194 ff. Anwendung (vgl. hierüber § 901 A 3, 4). — Ein Wechsel in der Person des Eigentümers des herrschenden oder des belasteten Grundstücks hat auf die Verjährung keinen Einfluß, da im ersteren Falle für den Nachfolger der nämliche Anspruch besteht und im letzteren Falle die Besitzzeit des Rechtsvorgängers gemäß § 221 in die Verjährungszeit eingerechnet wird. — Wenn die Errichtung der Anlage auf eine bestimmte Zeit von dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks gestattet ist, kann die Verjährung des Beseitigungsanspruchs vor Ablauf der Zeit nicht beginnen, da ein Anspruch bis dahin nicht besteht (§ 198).

3. Daß die Dienstbarkeit **mit der Vollendung der Anspruchsverjährung erlischt, soweit ihr der Anlagebestand widerspricht,** ist eine Ausnahme von der Regel, daß das dingliche Recht selbst weder verjährt noch durch Verjährung des Anspruchs daraus erlischt. Diese Ausnahme entspricht derjenigen des § 901 Satz 1; jedoch geht sie insofern noch weiter, als die Grunddienstbarkeit auch dann, wenn sie eingetragen ist, erlischt. Vgl. hierüber § 901 A 1, 2. — Das Erlöschen tritt kraft Gesetzes ein, ohne daß es einer Löschung oder einer Bewilligung des Berechtigten bedarf. Das Grundbuch wird unrichtig und der Belastete kann die Berichtigung gemäß § 22 Abs 1 GBO beantragen. Vermag er das Erlöschen nicht urkundlich nachzuweisen, so kann er gemäß § 894 von dem Berechtigten Einwilligung in die Löschung (vgl. §§ 19, 29 Satz 1 GBO; § 894 ZPO) verlangen. — Die Dienstbarkeit erlischt jedoch nur in dem Maße, als durch die Anlage ihre Ausübung gehindert wird, also nicht immer gänzlich. Wenn z. B. im Falle einer zum Gehen und Fahren auf allen Teilen berechtigenden Wegegerechtigkeit durch eine Mauer die Benutzung des Grundstücks zum Gehen und Fahren nur an der Stelle, an der die Mauer errichtet worden, verhindert ist, können die übrigen Grundstücksteile auch fernerhin dazu benutzt werden.

4. **Der Ausschluß der Anwendung des § 892** soll bedeuten, daß sich der gutgläubige rechtsgeschäftliche Erwerber des herrschenden Grundstücks nicht darauf soll berufen können, daß die erloschene Dienstbarkeit etwa noch auf dem belasteten Grundstück eingetragen oder auch, wenn sie gemäß § 8 Abs 1 GBO auf dem herrschenden Grundstücke vermerkt worden war, dort noch vermerkt steht. Im Grunde genommen folgt dies schon daraus, daß der Vermerk auf dem herrschenden Grundstücke für die Rechtswirkung gutgläubigen Erwerbs nicht in Betracht kommt (vgl. § 1021 A 1; KGJ 25 A 146) und daß der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nur hinsichtlich des Grundbuchs desjenigen Grundstücks wirkt, das von dem Erwerb betroffen wird.

5. § 1028 findet auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Grunddienstbarkeiten Anwendung; Abs 2 aber nur, wenn sie eingetragen sind (Art 184 EG; OLG 18, 148). Solange sie nicht eingetragen sind, können sie auch anderweit nach Maßgabe landesgesetzlicher Bestimmungen erlöschen (Artt 189 Abs 3, 187, 128 EG).

§ 1029

Wird der Besitzer[1]) eines Grundstücks in der Ausübung einer für den Eigentümer im Grundbuch eingetragenen[2]) Grunddienstbarkeit gestört[3]), so finden die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften[4]) entsprechende Anwendung, soweit die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt[5]) worden ist[6]).

E I 979 II 939; M 3 489 ff.; P 3 318 ff.

1. **Besitzer** ist zunächst der unmittelbare Besitzer (§ 854), und zwar sowohl der Eigenbesitzer (§ 872), Teilbesitzer (§ 865), Mitbesitzer (§ 866), als auch der Besitzer, der einem anderen gegenüber im Sinne des § 868 auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, wie der Pächter, Nießbraucher. Nach Maßgabe des § 860 (Selbsthilfe) auch der Besitzdiener (§ 855). Ferner hat nach § 869 der mittelbare Besitzer (§§ 868, 870, 871) die Besitzklage, wenn der unmittelbare Besitzer gestört wird.

2. **Für den Eigentümer,** nicht den die Grunddienstbarkeit ausübenden Besitzer des Grundstücks muß die Grunddienstbarkeit **eingetragen** sein. Während also das BGB keine allgemeinen Vorschriften über den Besitz von Rechten und dessen Schutz gibt, gewährt es durch § 1029 zwar für Grunddienstbarkeiten Besitzschutz, aber nur unter der doppelten Voraussetzung, daß mit dem Besitz Sachbesitz des herrschenden Grundstücks verbunden und ferner die Dienstbarkeit, die zufolge Besitzes des Grundstücks ausgeübt wird, wenigstens vermutungsweise (§ 891) als ein bestehendes Recht anzusehen, mithin für den Eigentümer eingetragen ist. Die Eintragung genügt. Auch wenn sie zu Unrecht besteht, ist der Besitzschutz gegeben. Umgekehrt besteht für eine zu Unrecht gelöschte Grunddienstbarkeit ein Besitzesschutz nicht (M 3, 491).

3. **Störung** ist sowohl die vollständige Behinderung als die sonstige Beeinträchtigung der Ausübung der Grunddienstbarkeit (s. § 1027 A 2).

4. Die für **den Besitzesschutz geltenden Vorschriften** sind: **§ 858** (Behinderung oder Störung in der Ausübung durch verbotene Eigenmacht schafft gegenüber dem Besitzer einen fehlerhaften Zustand, der auch gegen den Rechtsnachfolger des Störenden, z. B. des belasteten Eigentümers, gilt); **§ 859 Abs 1, 3** (Selbstschutz gegen eigenmächtige Behinderung der Ausübung, z. B. gegen Versperrung des Weges bei der Wegegerechtigkeit oder gegen Beseitigung einer Anlage, durch Gewalt oder Wiederbemächtigung); **§§ 861, 862** (Besitzklagen wegen eigenmächtiger Behinderung oder Störung der Ausübung, die zufolge fehlerhafter Besitzerlangung im Laufe eines Jahres vor der Störung ausgeschlossen ist, z. B. wenn in Ausübung der Dienstbarkeit gegen den Willen des Belasteten eine Anlage errichtet ist, die der Belastete innerhalb Jahresfrist wieder beseitigt); **§ 863** (Einwendung gegen Besitzklage aus dem Recht, z. B. daß die eingetragene Dienstbarkeit tatsächlich nicht bestehe); **§ 864** (Erlöschen des Besitzanspruchs zufolge Nichterhebung der Besitzklage innerhalb eines Jahres seit der Behinderung oder Störung). Besteht die Ausübung der Grunddienstbarkeit im Sachbesitz eines Teiles des dienenden Grundstücks (wie z. B. bei der Überbaudienstbarkeit auf Haben eines Teiles des Gebäudes, dessen anderer Teil auf dem herrschenden Grundstücke steht, s. § 1018 A 7), so finden die Vorschriften über den Sachbesitz unmittelbar Anwendung.

5. Der Besitz wird nur **so weit geschützt, als die Grunddienstbarkeit ausgeübt ist,** aber auch nicht weiter, als sie im Grundbuch eingetragen steht. Durch die **einmalige Ausübung** der Grunddienstbarkeit wird deren Besitz **auf ein Jahr** erworben, nicht auf längere Zeit, auch dann nicht, wenn die Grunddienstbarkeit nur in längeren Zwischenräumen als ein Jahr (z. B. im Falle einer Überschwemmung) ausgeübt werden kann. Anderseits kann der Besitz aber nach allgemeinen Vorschriften auch schon vor Ablauf des Jahres verlorengehen (z. B. wenn der Besitzer ihn aufgibt). — Was erforderlich ist, damit die Grunddienstbarkeit ausgeübt

ist, richtet sich nach ihrem Inhalte. Die Anlage, zu deren Halten die Grunddienstbarkeit berechtigt, muß innerhalb eines Jahres vor der Störung bestanden haben. Die Handlung, zu deren Vornahme die Grunddienstbarkeit berechtigt (z. B. bei einer Wegegerechtigkeit das Gehen), muß vorgenommen sein. Besteht die Grunddienstbarkeit darin, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Handlung nicht vornehmen darf, so genügt zur Ausübung die Unterlassung dieser Handlung; nicht ist außerdem ein besonderes Verbot der Vornahme der Handlung erforderlich, da bereits durch die Eintragung die Zuwiderhandlung verboten ist (str.). Nötig ist, daß die Ausübungshandlung mit dem Willen, die Dienstbarkeit auszuüben, vorgenommen ist (OLG 6, 255). Dies ist regelmäßig anzunehmen, wenn die Handlung dem Inhalte der eingetragenen Grunddienstbarkeit entspricht. Eine Ausübung der Grunddienstbarkeit liegt aber z. B. nicht vor, wenn die Handlung nach vorheriger Bitte um die Erlaubnis vorgenommen ist oder der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Handlung, zu deren Vornahme er nach dem Inhalte der eingetragenen Grunddienstbarkeit nicht befugt war, auf Bitten des Besitzers unterlassen hat (OLG 6, 255). Die Ausübung braucht nicht durch den Besitzer des Grundstücks selbst geschehen zu sein; sie kann auch durch dritte Personen (z. B. bei einer Wegegerechtigkeit von solchen, die den Besitzer besuchen wollen) erfolgen.

6. Eine **Übergangsvorschrift** für die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehende Grunddienstbarkeit gibt Art 191 EG (vgl. OLG 6, 255).

Zweiter Titel

Nießbrauch

1. Von dem Eigentum kann das Recht auf die Nutzungen abgetrennt und als selbständiges **dingliches Recht**, das an die Person des Nießbrauchers gebunden, nicht vererblich und nicht veräußerlich ist (§§ 1061, 1059) bestellt werden. Die Dinglichkeit des Nießbrauchs schließt es aus, daß sein Bestand durch Rechtshandlungen des Eigentümers oder dritter Personen beeinträchtigt werden kann. Durch die Zwangsverwaltung, die ohne Rücksicht auf die Belastung des Grundstücks mit einem Nießbrauch eingeleitet werden kann, wird das dingliche Recht und der Besitz des Nießbrauchers nicht berührt (Rodewaldt, Nießbrauchsrecht an Grundstücken 68ff.; vgl. § 1031 A 2). Mit dem dinglichen Recht des Nießbrauchs sind zugleich kraft Gesetzes **schuldrechtliche Verpflichtungen** verbunden, und zwar besteht dies schuldrechtliche Verhältnis (vgl. namentlich § 1036 Abs 2) — abgesehen von dem Nießbrauch an verbrauchbaren Gegenständen (§ 1067) und abgesehen von den Verpflichtungen des Nießbrauchers eines Vermögens hinsichtlich der Schulden des Nießbrauchbestellers (§§ 1086 bis 1088) — nicht zwischen dem Besteller und Nießbraucher, sondern zwischen dem Eigentümer und Nießbraucher (vgl. jedoch §§ 1036 A 4, 1055 A 1, 1058 A 1, 1064 A 1). Weitere schuldrechtliche Verpflichtungen können sich aus dem der Nießbrauchsbestellung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft ergeben. Der Nießbrauch kann Gegenstand eines Kaufes sein, was für die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Zahlung des Kaufpreises, der auch in einer Rente bestehen kann, für die Gewährleistungspflicht usw. von Bedeutung ist. Zulässig ist es, daß dem Nießbraucher hinsichtlich der Verwendung der Nutzungen zur Tilgung bestimmter Schulden oder in sonstiger Hinsicht schuldrechtliche Verpflichtungen auferlegt werden (RG 67, 378; JW 1911 S. 97[23] u. 149[3]; OLG Stuttgart Recht 1916 Nr 1129). Bei der Bestellung eines solchen Nießbrauchs zur Tilgung von Schulden (vgl. § 1061 A 3) handelt es sich nicht um eine unentgeltliche Verfügung im Sinne des Anfechtungsrechts (RG Warn 1911 Nr 78). Eine zur Anfechtung aus § 3 Nr 1 AnfG erforderliche Benachteiligung der persönlichen Gläubiger liegt nicht vor, wenn die Nießbrauchsbestellung nur dazu dient, die Gläubiger in der für das Zwangsverwaltungsverfahren gesetzlich vorgeschriebenen Reihenfolge aus den Einkünften zu befriedigen. Die persönlichen Gläubiger können nicht etwa verlangen, daß die tatsächlich für sie bestehende Möglichkeit, durch schnellen Zugriff auf die Mieten den Hypothekengläubigern zuvorzukommen, worauf sie ein Recht nicht haben, ihnen durch Bestellung eines Nießbrauchs nicht geschmälert werde (RG Gruch 51, 1107; JW 1914, 597[16]; 1918, 176[13]; 1919, 572[7]). Nur hinsichtlich des nach Deckung der Hypothekenzinsen und der laufenden Lasten (§ 1047) verbleibenden Überschusses würde eine Anfechtung möglich sein (RG JW 1912, 1063[7]; 1914, 597[16]; 1918, 176[13]; Warn 1917 Nr 18). Unter Umständen kann allerdings wegen des auf Täuschung der Gläubiger berechneten Verhaltens in der Nießbrauchsbestellung ein Verstoß gegen die guten Sitten liegen (vgl. RG JW 1911, 98[23]). Von einem derartigen Nießbrauch verschieden ist das in den §§ 1213 u. 1214 behandelte Nutzungspfandrecht, das mit den dort bestimmten Abweichungen den Regeln des Pfandrechts folgt und demgemäß nur bis zur Tilgung der Pfandschuld, anderseits bis zu diesem Zeitpunkt auch über den Tod des Gläubigers hieraus fortdauert. Der Pfandgläubiger hat nicht bloß eine schuldrechtliche Verpflichtung, den Reinertrag der Nutzungen zur Tilgung der Pfandschuld zu verwenden, sondern die Verrechnung des Reinertrags auf die Pfandschuld tritt kraft gesetzlicher Vorschrift ein (§ 1214).

Das Nutzungspfandrecht kann abgetreten werden, während beim Nießbrauch (§ 1059) nur die Ausübung einem anderen überlassen werden kann. An einem Grundstück kann ein derartiges Nutzungspfandrecht (Antichrese) nicht bestellt werden. Die auf Befriedigung des Gläubigers aus den Nutzungen gerichteten Zwecke können durch Einräumung eines unvererblichen und unübertragbaren Nießbrauchs nur unvollkommen erreicht werden (s. hierüber Goldmann in Gruch 57. 617 ff. — vgl. gegen die Zulässigkeit des Sicherungsnießbrauchs Planck Vorbem 5 vor § 1030). Unzulässig ist die Bestellung eines Nießbrauchs in der Weise, daß der Nießbraucher auf den nach Berichtigung der Zinsen und Tilgungsbeiträge verbleibenden Überschuß der Nutzungen keinen Anspruch haben soll (vgl. § 1030 A 3).

2. Der Nießbraucher hat nicht bloß ein Recht auf die Nutzungen (vgl. § 100), sondern ist berechtigt, auf Grund des ihm zustehenden Besitzes (§ 1036 Abs 1) die **Nutzungen selbst zu ziehen.** Zur Erzielung größeren Nutzens sind dem Nießbraucher Änderungen der Sache gestattet. Sein Recht geht aber nicht so weit, daß er unter Nichtbeachtung der Interessen des Eigentümers die Sache oder die Benutzungsart umgestalten darf (§§ 1036, 1037). Besteht der Nießbrauch an einer Forderung, so muß der Nießbraucher, um Nutzungen ziehen zu können, ein gewisses Verfügungsrecht haben. Er darf deshalb nach § 1074 die nicht auf Zinsen ausstehende Forderung einziehen und ist bei einer auf Zinsen ausstehenden Forderung nach §§ 1077, 1078 in Gemeinschaft mit dem Gläubiger zur Einziehung und Wiederanlegung befugt. Aber auch bei dem Nießbrauch an einem Grundstück mit Beilaß ist dem Nießbraucher im Interesse der Erleichterung des Wirtschaftsbetriebs ein gewisses Verfügungsrecht gewährt (§ 1048). Mit dem Nießbrauch kann ein allgemeines Verfügungsrecht verbunden sein (Verfügungsnießbrauch, vgl. § 1067 A 1). Es kommt dies namentlich vor bei einem durch Verfügung von Todes wegen zugewendeten Nießbrauch. Wird ein solcher Nießbrauch am Nachlaß eingeräumt, so wird der Bedachte regelmäßig die Stellung eines Vorerben haben. Mit dem Nießbrauch kann ferner in Erweiterung dieses Rechtes die Befugnis zur hypothekarischen Belastung des Nießbrauchsgrundstücks verbunden werden. Das **RG** (Warn 08 Nr 168) hat in einem solchen Falle eine im eigenen Interesse auszuübende, unwiderrufliche Vertretungsmacht angenommen. Dem mit dem Nießbrauch an einem Grundstück bedachten Miterben kann in Erweiterung des Nießbrauchsrechts das Recht zum selbständigen Verkauf des Nachlaßgrundstücks eingeräumt werden, ohne daß die Miterben beim Verkaufe mitzuwirken brauchen (**RG** 23. 10. 16 IV 173/16). Mit dem Nießbrauch kann auch das Recht der Verwaltung in der Weise verbunden werden, daß der Nießbraucher, solange der ihm letztwillig zugewandte Nießbrauch dauert, nach der Anordnung des Erblassers zugleich die Stellung eines Testamentsvollstreckers hat. Vgl. auch § 1076 A 1 a. E.

3. Eine von dem Nießbrauch verschiedene rechtliche Natur hat das gesetzlich dem Ehemann nach §§ 1373 ff. und dem Gewalthaber nach §§ 1649 ff. zustehende **Nutznießungsrecht.** Es ist hierbei das familienrechtliche Verwaltungsrecht und das Nießbrauchsrecht zu einer rechtlichen Einheit verschmolzen, und zwar in der Weise, daß das sachenrechtliche Verhältnis hinter dem familienrechtlichen zurücktritt. Die Nutznießung besteht an den einzelnen Gegenständen immer nur so lange, als sie jeweils zu dem eingebrachten Gut oder dem unfreien Kindesvermögen gehören. Das Nutznießungsrecht kann ferner nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Es wirkt aber wie ein dingliches Recht gegen jeden Dritten. Über die einzelnen Unterschiede zwischen dem Nutznießungsrecht und dem Nießbrauch vgl. **RG** JW 09, 145[31]. Für das Pfründenrecht (vgl. für preuß. Recht über die Beiträge des Pfarrers zu öffentlichen Lasten **RG** Gruch 41, 159) sind die landesgesetzlichen Vorschriften aufrechterhalten durch Art 80 Abs 2 EG. Über das Nutzungsrecht des Leibgedinges s. § 1030 A 3. Das Nutzungsrecht kann auch als ein schuldrechtliches begründet werden.

4. Übergangsvorschriften. Ein vor dem Inkrafttreten des BGB begründeter Nießbrauch bleibt nach Art 184 EG mit dem aus den bisherigen Gesetzen sich ergebenden Inhalt und Range bestehen. Auch nach Inkrafttreten des BGB bleiben für den Nießbrauch an Grundstücken die bisherigen Gesetze so lange in Geltung, als nicht das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (Art 189 EG). Es kann aber ein Nießbrauch nur noch mit dem nach dem BGB zulässigen Inhalt, also nicht als ein vererbliches oder übertragbares Recht begründet werden. Auch Änderungen des Inhalts eines früheren Nießbrauchsrechts sind nach Inkrafttreten des BGB nur insoweit zulässig, als ein solcher Inhalt nach neuem Recht anerkannt wird. Über die Ersitzung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache, der bei Geltungsbeginn des BGB noch nicht vollendet war, s. Artt 185, 169 EG. — Was den **räumlichen Geltungsbereich** betrifft, so entscheidet, falls es sich nicht um Sachen handelt, die nur vorübergehend im Inlande sich befinden, das jeweilige Recht der belegenen Sache, so jedoch, daß der unter der Herrschaft des früheren Rechtes erloschene Nießbrauch für immer erloschen ist. Hinsichtlich des Erwerbs des Nießbrauchs ist das Recht des Ortes maßgebend, an dem zu dieser Zeit sich die Sache befindet. Der Nießbrauch an einer Forderung bestimmt sich nach dem für die Forderung maßgebenden Recht. Die Haftung des Nießbrauchers für die Schulden bei einem Vermögensnießbrauch ist nach dem Recht des Nießbrauchbestellers zu beurteilen (a. A. Enneccerus-Wolff § 125 II 3b).

I. Nießbrauch an Sachen

§ 1030

Eine Sache kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen (Nießbrauch)[1] [2][4].

Der Nießbrauch kann durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden[3].

E I 980 II 940; M 3 493, 494; P 3 383, 384.

1. Die §§ 1030—1067 handeln von dem Nießbrauch an Sachen. **Gegenstand des Nießbrauchs** kann eine jede Sache sein, die Nutzungen gewährt. Nicht notwendig ist es, daß die Sache Früchte abwirft oder wenigstens zur Fruchtziehung geeignet ist. Auch Gebrauchsvorteile sind nach § 100 Nutzungen im Sinne des § 1030. Dem Nießbrauch unterliegt die Sache in derselben Ausdehnung, in der daran Eigentum besteht. Soweit nach den Grundsätzen über das Nachbarrecht, über Verbindung, Vermischung, Verarbeitung das Eigentum reicht, soweit reicht auch das Nießbrauchsrecht. Der Nießbrauch ergreift die wesentlichen Bestandteile der Sache (die nicht Gegenstand eines besonderen Rechtes sein können) unbedingt, die unwesentlichen Bestandteile unter der Voraussetzung, daß sie nicht etwa, was bei diesen Bestandteilen möglich ist, im Eigentum eines anderen als des Eigentümers der Sache stehen (§§ 93—95). Werden Bestandteile, die nicht zu den Früchten zu rechnen sind (vgl. § 1039 A 1), von der Sache getrennt, so besteht der Nießbrauch daran fort. Als Bestandteile eines Grundstücks sind nach § 96 auch die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Rechte anzusehen (subjektiv-dingliche Reallasten, Recht auf Rente wegen eines Überbaus oder eines Notwegs nach §§ 912—918, mit dem Grundstück verbundene Gerechtigkeiten). Der Nießbrauch an dem Grundstück erstreckt sich deshalb auch hierauf, soweit an diesen Rechten überhaupt ein Nießbrauch stattfindet (vgl. §§ 1068 A 1, 1069 A 1), ohne daß es der sonst für den Erwerb des Nießbrauchs an diesen Rechten vorgeschriebenen besonderen Form bedarf. Wird ein Grundstück nach § 890 Abs 2 einem anderen Grundstück als Bestandteil zugeschrieben, so hat dies nicht die Wirkung, daß der Nießbrauch auch das zugeschriebene Grundstück umfaßt (a. A. Dernburg III § 186 unter 2). Zulässig ist der Nießbrauch, der als ein teilbares Recht sich darstellt, auch an dem Bruchteil einer Sache, und zwar braucht abweichend von den für Reallasten, Vorkaufsrechte, Hypotheken und Grundschulden gegebenen Vorschriften der Bruchteil nicht in dem Anteil eines Miteigentümers zu bestehen.

2. Auf die **an Stelle der Sache tretenden Ersatzansprüche des Eigentümers** erstreckt sich der Nießbrauch regelmäßig nicht. Geht die Nießbrauchsache unter, so ist der Nießbrauch erloschen (vgl. § 1061 A 3). Der Anspruch, welcher dem Eigentümer gegen den Dritten wegen Zerstörung der Sache zusteht, ist dem Nießbrauch nicht unterworfen, ebensowenig der Anspruch wegen Beschädigung. Soweit aber der Nießbraucher durch die Zerstörung oder Beschädigung einen Schaden erlitten hat, hat er einen selbständigen Anspruch auf Ersatz dieses Schadens. Wegen dieses Rechtes und wegen des Anspruchs, daß der für Beschädigung dem Eigentümer gezahlte Schadensersatz zur Wiederherstellung der Sache verwendet wird, s. § 1065 A 2. Besondere Grundsätze gelten für das Recht des Nießbrauchers an der Versicherungssumme (s. hierüber § 1046 A 1). Wird die Nießbrauchsache enteignet, so tritt nach Maßgabe der landesrechtlichen Vorschriften (vgl. Artt 52, 53 u. 109 EG) an Stelle der Sache die Entschädigungssumme, die deshalb, soweit der Nießbraucher entschädigungsberechtigt ist, nicht ohne dessen Zustimmung ausgezahlt werden darf, sondern hinterlegt werden muß. Der Schaden des Nießbrauchers kann übrigens nicht ohne weiteres den Zinsen der Entschädigungssumme gleichgestellt werden, sondern kann einen größeren oder geringeren Betrag ausmachen. Ist die Nießbrauchsache mit Zustimmung des Nießbrauchers veräußert, so wird die Erteilung der Zustimmung regelmäßig in dem Sinne auszulegen sein, daß der Nießbraucher das Recht behält, die Einräumung des Nießbrauchs am Erlöse zu verlangen. Darüber, daß bei Einziehung einer Forderung durch den Nießbraucher der Nießbrauch an dem geleisteten Gegenstand an Stelle des Nießbrauchs an der Forderung tritt, s. § 1075, über die Auseinandersetzung bei dem Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers s. § 1066 A 3.

3. Der Nießbrauch umfaßt grundsätzlich alle Nutzungen der Sache, was jedoch nicht ausschließt, daß einzelne Nutzungen von dem Recht des Nießbrauchers ausgenommen werden können oder sein Nutzungsrecht sonst in einzelnen Beziehungen beschränkt werden kann (vgl. § 1213 A 1; Enneccerus-Wolff § 116 unter 3). Eine **Änderung** des Nießbrauchs ist auch insofern zulässig, als die aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis entspringenden Verpflichtungen des Nießbrauchers eine Beschränkung oder Erweiterung erfahren können. Eine Minderung

ist jedoch immer nur innerhalb der Grenze gestattet, daß das Recht des Eigentümers an der Substanz der Sache nicht entwertet wird. Das Recht des Eigentümers auf wirtschaftliche Verwaltung und auf Sicherheitsleistung (§§ 1036 a. E., 1051, 1054) kann nicht allgemein wegbedungen werden; dem Nießbraucher kann ein Recht auf die im Übermaß gezogenen Früchte (§ 1039) nicht uneingeschränkt eingeräumt werden (vgl. Enneccerus-Wolff § 117 III 3). — Das Recht auf einzelne Nutzungen kann nur als ein schuldrechtliches oder, wenn es sich um Nutzung eines Grundstücks handelt, als eine persönliche Dienstbarkeit (§ 1090) oder auch, sofern der Verpflichtete bestimmte Nutzungen zu gewähren hat, als Reallast bestellt werden. Die Natur einer persönlichen Dienstbarkeit oder Reallast haben auch die im Leibgedingsvertrage dem Auszügler eingeräumten Grundstücksnutzungsrechte.

4. Über den Zeitpunkt des Erwerbes des **Eigentums an den Nutzungen** beziehentlich des Gläubigerrechts an den Erträgen s. § 1039 A 3. Der Nießbraucher ist dadurch, daß die Mietzinsenforderung usw. kraft Nießbrauchsrechts ihm selbst zusteht, nicht gehindert, die Mietzinsen wegen einer Forderung gegen den Eigentümer pfänden und sich überweisen zu lassen, um auf diese Weise ander n Gläubigern gegenüber eine bessere Rechtsstellung zu erlangen (RG 86, 135; vgl. auch 79, 241; a. A. Planck A 3). Auch ein Vertrag, durch den der Nießbraucher die ihm bereits zustehenden Mietzinsen sich von dem Grundstückseigentümer nochmals abtreten läßt, ist, wennschon ein solcher Vertrag regelmäßig gegenstandslos ist, nicht schlechthin als unwirksam anzusehen (a. A. RG 80, 311; KG in JW 1916, 1431). Über die Einwirkung des § 1124 s. § 1031 A 2.

§ 1031

Mit dem Nießbrauch an einem Grundstück[1])[2]) erlangt der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Zubehöre nach den für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften des § 926[3]).

E II 941; P 3 385, 387, 388.

1. Zur Bestellung des **Nießbrauchs an einem Grundstück** bedarf es nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 873ff. der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber sowie der Eintragung. Der Eintragung bedürfen auch die Vereinbarungen über den Inhalt des Nießbrauchsrechts (vgl. § 1030 A 3). Ohne Eintragung würden diese Vereinbarungen nur zwischen den Vertragsparteien Geltung, nicht aber eine den Eigentümer dinglich belastende Wirkung haben können. Nach § 874 genügt es, daß zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Recht s bei der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird. Dem Nießbraucher kommt nach § 892 der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugute, und zwar auch hinsichtlich der im Grundbuch eingetragenen Grundstücksfläche (vgl. § 891 A 3). Über die Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen s. § 1085 A 1.

2. Das **Rangverhältnis** zwischen dem Nießbrauch an einem Grundstück und einer Hypothek bestimmt sich nach dem allgemeinen Grundsatze des § 879. Ohne Einfluß hierauf ist die Vorschrift des § 1124. Die Belastung des Grundstücks mit einem Nießbrauch enthält keine dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksame Verfügung über die Miet- und Pachtzinsen im Sinne des § 1124, sondern eine Verfügung über das Grundstück (RG 68, 10; 81, 49). Die Bestellung des Nießbrauchs hat also nicht zur Folge, daß die (durch Ausbringung der Beschlagnahme sich verwirklichende) Haftung der Miet- und Pachtzinsen für die vorgehende Hypothek erlischt. Auch hinsichtlich dieser Miet- und Pachtzinsen ist für das Rangverhältnis lediglich § 879 maßgebend. Die Befriedigung des älteren Hypothekengläubigers aus den von diesem beschlagnahmten, seinem Hypothekenrecht unterliegenden Miet- und Pachtzinsen muß der Nießbraucher sich gefallen lassen, und zwar ohne daß zuvor ein Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen ihn erwirkt zu werden braucht (RG 81, 146; 93, 121, wo übrigens ein Duldungstitel vorlag; JW 1914, 679[8]; Gruch 60, 860). Die Vorschrift des § 1124 wird auch nicht dadurch anwendbar, daß der Nießbraucher die Miet- und Pachtzinsen sich von dem Eigentümer abtreten läßt (RG 80, 316). Durch diese Abtretung, die im Verhältnis zwischen ihm und dem Eigentümer keine Änderung herbeiführt, kann er einen besseren Rang sich nicht verschaffen. Dies kann er nur dadurch erreichen, daß er, was ihm unverwehrt ist (vgl. § 1030 A 4), die Miet- und Pachtzinsen pfänden läßt. Ohne Bedeutung für das Rangverhältnis ist es, wenn der Nießbrauch zur Sicherheit einer voreingetragenen Hypothek bestellt ist. Dies hat, da der Nießbrauch ein selbständiges Recht ist, nicht zur Folge, daß er an dem Range der voreingetragenen Hypothek teilnimmt (RG JW 1914, 761[7]).

3. Die **Zubehöreigenschaft** (§§ 97, 98) ist nicht bloß für das Recht der Schuldverhältnisse (vgl. § 314), sondern auch für das Sachenrecht von Bedeutung. Durch Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück wird zugleich der Nießbrauch an dem zur Zeit des Erwerbs des Nießbrauchs vorhandenen Zubehör erlangt, ohne daß die für bewegliche Sachen erforderliche Form der Übergabe (§ 1032) erfüllt zu werden braucht. Vorausgesetzt ist hierbei, daß

der Nießbrauch am Zubehör dem Vertragswillen der Parteien entspricht. Dies ist nach der angezogenen Bestimmung des § 926 im Zweifel anzunehmen. Ist wegen des Nießbrauchs am Zubehör in dem der Bestellung des Nießbrauchs zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrage oder in der den Nießbrauch anordnenden Verfügung von Todes wegen eine besondere Bestimmung getroffen, so darf davon ausgegangen werden, daß die Parteien bei Bestellung des Nießbrauchs von dieser Bestimmung nicht haben abweichen wollen. Über das Grundstücksinventar s. die besonderen Vorschriften des § 1048.

§ 1032

Zur Bestellung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß diesem der Nießbrauch zustehen soll. Die Vorschriften des § 929 Satz 2 und der §§ 930 bis 936 finden entsprechende Anwendung; in den Fällen des § 936 tritt nur die Wirkung ein, daß der Nießbrauch dem Rechte des Dritten vorgeht[1])[2]).

E I 983 II 942; M 3 495, 496; P 3 385 ff.

1. Zur **Bestellung des Nießbrauchs an einer beweglichen** Sache ist außer der hierauf gerichteten Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber des Nießbrauchs die Übergabe erforderlich, sofern der Erwerber sich nicht bereits im Besitz der Sache befindet. Der Nießbrauch kann unter einer Zeitbestimmung oder unter einer Bedingung bestellt werden. Zulässig ist deshalb die Bestellung auch in der Weise, daß der Nießbrauch erst mit dem Tode des Bestellers wirksam werden soll (vgl. OLG 12, 131). Der Besitzübergabe ist es nach den für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften der §§ 930 u. 931 gleichwertig, wenn dem Erwerber auch nur der mittelbare Besitz verschafft wird oder wenn ihm der Anspruch auf Herausgabe gegen den im Besitz der Sache befindlichen Dritten abgetreten wird. Im letzteren Falle verbleibt der Anspruch auf Herausgabe der Sache zu Eigentum zwar dem Eigentümer. Dieser kann aber die Herausgabe nur an den Nießbraucher verlangen. Ist der Besteller nicht Eigentümer, so kommen die Vorschriften der §§ 932—936 zur entsprechenden Anwendung. Der Erwerber, dem der Besitz von dem Besteller, wenn auch nur durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den für ihn besitzenden Dritten, oder auf Anweisung des Bestellers von dem nicht für ihn besitzenden Dritten eingeräumt ist, ist durch den guten Glauben an die Rechtmäßigkeit des Besitzes geschützt, falls nicht etwa seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht hat. Ist die Sache mit einem Pfandrecht oder einem Nießbrauch belastet, so hat der gutgläubige Erwerb zur Folge, daß diese Rechte zwar nicht erlöschen, wohl aber im Range hinter dem neu bestellten Nießbrauch zurücktreten. Die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers finden keine Anwendung, wenn es sich — abgesehen von Geld, Inhaberpapieren und öffentlich versteigerten Sachen — um solche Sachen handelt, die dem Eigentümer wider Willen aus dem Besitz gekommen sind. Nicht hierunter fallen veruntreute Sachen, deren Besitz der Eigentümer freiwillig einem anderen überlassen hatte (**RG** 54, 68 und über den anders liegenden Fall der Veruntreuung durch den Besitzdiener **RG** 71, 248).

2. Die **Zubehörstücke** einer beweglichen Sache müssen, damit der Nießbrauch daran erlangt wird, ebenso wie die Hauptsache übergeben werden. War der Besteller des Nießbrauchs nicht Eigentümer des Zubehörs, so bedarf es zum Erwerbe des Nießbrauchs nach den in A 1 dargestellten Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers auch in dem Falle, daß es sich um Zubehörstücke eines Grundstücks handelt, stets der Besitzerlangung.

§ 1033

Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache kann durch Ersitzung erworben werden. Die für den Erwerb des Eigentums durch Ersitzung geltenden Vorschriften finden entsprechende Anwendung[1]).

E II 943; P 3 385 ff.

1. Die **Ersitzung des Nießbrauchs** regelt sich nach den Vorschriften, die für die Ersitzung des Eigentums in den §§ 937—945 gegeben sind. Sie ist für solche Fälle ein Bedürfnis, in denen der Nießbraucher die Rechte aus gutgläubigem Erwerb (§ 1032 A 1) deshalb nicht in Anspruch nehmen kann, weil sein guter Glaube auf grober Fahrlässigkeit beruhte oder weil es sich um abhanden gekommene Sachen handelt (§§ 932 Abs 2, 935). Zur Ersitzung genügt das Vorhandensein des mittelbaren Besitzes. Die Ersitzungszeit des als Eigentümer Besitzenden, der während dieser Besitzzeit gutgläubig war, kann der Ersitzungszeit des Nießbrauchers, der von ersterem sein Recht ableitet, hinzugerechnet werden (vgl. § 943).

§ 1034

Der Nießbraucher kann den Zustand der Sache auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen. Das gleiche Recht steht dem Eigentümer zu[1][2].

E I 992 II 944; M 3 506, 507; P 3 394, 457; 4 592 ff., 608.

1. Für die Rückgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauchs ist es von Bedeutung, in welchem Zustande sich die Sache bei Beginn des Nießbrauchs befand (vgl. § 1055 A 2). Es ist deshalb sowohl dem Nießbraucher als dem Eigentümer das Recht gegeben, **den Zustand** der Sache durch Sachverständige nach den Vorschriften über das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (s. §§ 164, 15, 19 FGG) **feststellen zu lassen.** Der Nießbraucher hat die zu diesem Zweck erforderliche Besichtigung zu dulden. Der Gegner des Antragstellers ist nach § 164 Abs 3 FGG in diesem Verfahren tunlichst zu hören, auch, was im Sinne dieser Vorschrift liegt, bei der Besichtigung zuzuziehen. Die Verfügung des Amtsgerichts, die dem Antrage stattgibt, kann nach § 164 Abs 2 nicht angefochten werden, wohl aber nach § 19 die den Antrag ablehnende Verfügung. Durch die Besichtigung soll möglichst der Zustand zur Zeit des Beginns des Nießbrauchs festgestellt werden. Die Feststellung braucht aber nicht gleich nach Beginn des Nießbrauchs beantragt zu werden. Auch eine Feststellung in späterer Zeit ist nicht bedeutungslos, da immerhin hieraus Schlüsse auf die frühere Beschaffenheit der Sache gezogen werden können.

2. Weder der Nießbraucher noch der Eigentümer ist, da § 1034 sie auf den Weg der Feststellung durch Sachverständige verweist, berechtigt, eine **Bescheinigung über die Beschaffenheit** der Sache zur Zeit der Überlieferung von dem anderen Teile zu verlangen, und kann auch nicht beanspruchen, daß der andere Teil, weil er die Ausstellung einer solchen Bescheinigung verweigert, die Kosten der Feststellung zu tragen habe. Anderseits wird dadurch, daß der Nießbraucher oder Eigentümer die Bescheinigung über die Beschaffenheit der Sache gibt, dem anderen Teile nicht das Recht genommen, den Zustand der Sache auf seine Kosten feststellen zu lassen.

§ 1035

Bei dem Nießbrauch an einem Inbegriffe von Sachen sind der Nießbraucher und der Eigentümer einander verpflichtet, zur Aufnahme eines Verzeichnisses der Sachen mitzuwirken[1]. Das Verzeichnis ist mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehen und von beiden Teilen zu unterzeichnen; jeder Teil kann verlangen, daß die Unterzeichnung öffentlich beglaubigt wird[2]. Jeder Teil kann auch verlangen, daß das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird. Die Kosten hat derjenige zu tragen und vorzuschießen, welcher die Aufnahme oder die Beglaubigung verlangt[3].

E I 993, 1042 II 945; M 3 508, 565; P 3 394 ff.; 4 607 ff., 759.

1. Besteht der **Nießbrauch an einem Inbegriff,** das ist an einer Mehrheit von Sachen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden (z. B. Büchersammlung, Warenlager, Betriebseinrichtung), so kann ein jeder Teil, sowohl der Nießbraucher als der Eigentümer, von dem anderen Teile fordern, daß dieser die Richtigkeit des unter seiner Mitwirkung aufzunehmenden Verzeichnisses durch seine Unterschrift anerkennt. Dies Verlangen kann nicht bloß sogleich nach Begründung des Nießbrauchs, sondern auch später gestellt werden. Die Feststellung ist, soweit dies noch möglich, auf den Zustand zur Zeit des Beginns des Nießbrauchs zu richten. Das Anerkenntnis der Richtigkeit des Verzeichnisses hat nicht bloß Beweiswert, sondern rechtsgeschäftliche Bedeutung (anders die herrschende Meinung). Der Anerkennende ist aber nicht gehindert, die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Verzeichnisses, wenn bei der Aufnahme ein Irrtum obgewaltet hat, nachzuweisen. Wird die Ausstellung des Anerkenntnisses verweigert oder das Anerkenntnis nur mit Vorbehalt erteilt, so kann dies dem anderen Teile Veranlassung geben, eine amtliche Aufnahme des Verzeichnisses zu beantragen oder eine Klage auf Feststellung des streitigen Zustandes zu erheben. Zu diesem Verlangen ist übrigens ein jeder Teil auch ohne das Vorliegen jener Voraussetzungen berechtigt. Ein klagbarer Anspruch darauf, daß der Gegner bei der Aufnahme des Verzeichnisses mitwirkt, ist nicht gegeben. — Die Vorschriften des § 1035 haben auch Anwendung zu finden, wenn der Nießbrauch an einem Vermögen bestellt ist, wo also die zu verschiedenen wirtschaftlichen Gruppen gehörigen Gegenstände zu der rechtlichen Einheit des Vermögens zusammengefaßt sind. Auch bei dem Nießbrauch an einem Bruchteil des Inbegriffs oder Vermögens

kann die Anwendbarkeit des § 1035 keinem Zweifel unterliegen. Die Bestimmung ist aber nicht auszudehnen auf den Fall, daß beliebige Gegenstände zu einer vertragsmäßigen Einheit zusammengefaßt werden (bestr.).

2. Was die **Einrichtung des Verzeichnisses** betrifft, so ist nur vorgeschrieben, daß der Tag der Aufnahme anzugeben ist. Nicht vorgeschrieben ist die Angabe des Wertes. Es entspricht aber dem Zweck des Verzeichnisses, daß es je nach der Wichtigkeit der Sachen eine tunlichst genaue Beschreibung ihrer Beschaffenheit enthält. Die unter dem Verzeichnis abzugebende Unterschrift muß auf Verlangen des Antragstellers öffentlich beglaubigt werden (§ 129).

3. Die **amtliche Aufnahme des Verzeichnisses** (vgl. A 1) kann selbst dann verlangt werden, wenn die Richtigkeit des Privatverzeichnisses von dem anderen Teile ohne Einschränkung anerkannt ist. Die Stellung dieses Antrags ist nicht davon abhängig, daß die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Verzeichnisses sich herausgestellt hat oder Streitigkeiten hierüber entstanden sind. Die Kosten des Verzeichnisses hat der Antragsteller zu tragen. Für die Mitwirkung bei der Aufnahme kann jedoch der Antragsgegner keine Vergütung beanspruchen.

§ 1036

Der Nießbraucher ist zum Besitze der Sache berechtigt[1]).

Er hat bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten[2]) und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren[3])[4]).

E I 984, 991, 994 Satz 1 II 946; M 3 496, 497, 504, 505, 508; P 3 387, 492.

1. Das **Recht des Nießbrauchers auf den Besitz** folgt schon aus der dinglichen Natur des Nießbrauchs. Das Besitzrecht, dessen der Nießbraucher bedarf, um die zur Ziehung der Nutzungen erforderlichen Handlungen vornehmen zu können, ist so wesentlich, daß ohne dieses Recht ein dinglicher Nießbrauch nicht bestehen kann. Eine Vereinbarung, daß dem Nießbraucher der Besitz nicht zustehen soll, würde das Nießbrauchsrecht ausschließen (a. M. anscheinend Maenner § 45 unter 3). Dem Nießbraucher steht der unmittelbare Besitz zu, während der mittelbare Besitz (trotz der Regel des § 1055 Abs 1) dem Besteller verbleibt oder für diesen bei Beschaffung von Ersatzstücken durch den Nießbraucher (vgl. § 1048 A 1) hergestellt wird. Der Eigentümer kann sich wegen Überlassung des mittelbaren Besitzes, wenn der Nießbrauch rechtswirksam erworben ist, nur an den Besteller halten. Über Mitbesitz des Eigentümers und Nießbrauchers vgl. § 1081. Sonst ist ein solcher Mitbesitz nur ausnahmsweise zulässig, wie z. B. bei dem Nießbrauch an einem Bruchteil der Sache und in dem Falle, daß die dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen eingeschränkt sind (§ 1030 A 3).

2. Die Ausübung des Nießbrauchs ist durch Abs 2 dahin beschränkt, daß die **wirtschaftliche Bestimmung,** welche die Sache nach dem Willen des Eigentümers bei Begründung des Nießbrauchs (im Falle der Ersitzung des Nießbrauchs nach dem Willen des Eigentümers zur Zeit der Vollendung der Ersitzung) hatte, **aufrechterhalten** werden muß. Diese Vorschrift ist namentlich für die Bewirtschaftung von Grundstücken von Bedeutung (vgl. RG 80, 229). Der wirtschaftliche Betrieb darf nicht derart verändert werden, daß der Gesamtcharakter der Wirtschaft ein anderer wird. Kleinere Veränderungen im Betriebe, Ausdehnung der Ackerwirtschaft, Waldwirtschaft sind dem Nießbraucher gestattet. Selbstverständlich ist ihm auch die Anwendung vervollkommneter Wirtschaftsmethoden nicht verwehrt. Ebensowenig ist er gehindert, die bisher von dem Eigentümer selbst bewirtschafteten Grundstücke zu verpachten. Bewegliche Sachen, die der Eigentümer für sich zu benutzen pflegte, darf der Nießbraucher nicht durch gewerbsmäßige Verleihung verwerten. Beruht der Nießbrauch auf einer Verfügung von Todes wegen, so ist in erster Linie darauf zu sehen, ob nicht nach dem Willen des Erblassers dem Nießbraucher (wie z. B. in dem Falle, daß dieser mit Kenntnis des Erblassers aus der Verleihung derartiger Sachen ein Geschäft macht) weitergehende Befugnisse zustehen sollen. Zu prüfen bleibt auch, ob die Sache nicht als eine verbrauchbare im Sinne des § 92 anzusehen ist, in welchem Falle das Eigentum auf den Nießbraucher übergeht (§ 1067).

3. Abs 2 enthält ferner den wichtigen Grundsatz, daß der Nießbraucher bei Ausübung des Nutzungsrechts nach den **Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft** zu verfahren hat. Er kann zwar auf die Ausübung des Nießbrauchs gänzlich verzichten und sich dadurch von allen Pflichten frei machen. Solange er dies aber nicht tut, ist er an die aus jenem Grundsatze sich ergebenden Beschränkungen gebunden und er ist danach nicht bloß zu Unterlassungen, sondern, soweit dies zur Erhaltung der Sache im guten Stande nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft geboten ist, auch zu Handlungen verpflichtet. Eine schuldhafte Verletzung dieser Pflichten macht ihn nach § 276 schadensersatzpflichtig. Zu vertreten ist eine jede Fahrlässigkeit, falls nicht die Haftung vertragsmäßig auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist, wie in

dem Falle anzunehmen, daß bei schenkungsweiser Übertragung des Eigentums der Übertragende sich den Nießbrauch vorbehalten hat. Über die Zeit der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs s. § 1057 A 2.

4. Die Vorschriften des § 1036 Abs 2 und die weiteren Vorschriften über schuldrechtliche Beschränkungen und Verpflichtungen des Nießbrauchers betreffen nur das **Schuldverhältnis zwischen dem Nießbraucher und Eigentümer**, nicht zwischen Nießbraucher und Besteller. Doch werden auch für das Rechtsverhältnis zu dem Besteller nach dem Willen der Parteien im Zweifel die gleichen Vorschriften anwendbar sein. Eine Abänderung durch Parteivereinbarung ist zulässig (vgl. § 1030 A 3, § 1031 A 1). Nur können natürlich durch Vereinbarung mit dem Besteller die Rechte des Eigentümers nicht beeinträchtigt werden.

§ 1037

Der Nießbraucher ist nicht berechtigt, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern[1]).

Der Nießbraucher eines Grundstücks darf neue Anlagen zur Gewinnung von Steinen, Kies, Sand, Lehm, Ton, Mergel, Torf und sonstigen Bodenbestandteilen errichten, sofern nicht die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks dadurch wesentlich verändert wird[2]).

E I 989 Abs 1 Satz 1, 994 Satz 2, 995 II 947; M 3 502, 503, 508; P 3 391, 392; 4 597.

1. Der Ausübung des Nutzungsrechts ist durch § 1037 (vgl. § 1036 A 2) eine weitere Schranke dadurch gezogen, daß die Sache in ihrer körperlichen Beschaffenheit **weder umgestaltet noch wesentlich verändert** werden darf. Der Nießbraucher darf nicht zur Erzielung größerer Nutzungen die Sache zu einer wesentlich andersartigen gestalten, z. B. nicht ein Ackergrundstück in einen Steinbruch oder in einen Teich oder in Bauland umwandeln, nicht einem Kleidungsstück oder einem Gebrauchsgegenstand eine den Gebrauchszweck in wesentlichen Beziehungen ändernde Gestalt geben. Auch hier ist wie in § 1036 A 2 die Ausnahme zuzulassen, daß kleinere, für den Gesamtcharakter der Sache unerhebliche Änderungen, insbesondere solche Änderungen, die zur Hebung des Ertrags nach den Grundsätzen verständiger Wirtschaftsführung gerechtfertigt sind, Einrichtung einer Kanalisation usw., nicht verboten sind. Hierüber kann nur nach Lage des einzelnen Falles unter billiger Abwägung der Interessen des Eigentümers und Nießbrauchers entschieden werden.

2. Abweichend von der Regel des Abs 1 darf der Nießbraucher die Vorteile, die das Grundstück durch das Vorhandensein besonderer **Bodenbestandteile** bietet, auch wenn dies von dem Eigentümer noch nicht geschehen ist, ausnutzen, obschon durch die Entnahme der Bodenbestandteile die Substanz des Grundstücks vermindert wird. Hier ist nur die eine Beschränkung gesetzt, daß eine *wesentliche* Veränderung des wirtschaftlichen Gesamtbetriebs (vgl. § 1036 A 2) nicht herbeigeführt werden darf. Die Vorschrift des Abs 2 hat auch Anwendung zu finden, wenn eine Mineralwasserquelle, Kohlensäurequelle usw. auf dem Grundstück erbohrt wird.

§ 1038

Ist ein Wald Gegenstand des Nießbrauchs, so kann sowohl der Eigentümer als der Nießbraucher verlangen, daß das Maß der Nutzung und die Art der wirtschaftlichen Behandlung durch einen Wirtschaftsplan festgestellt werden[1]). Tritt eine erhebliche Änderung der Umstände ein, so kann jeder Teil eine entsprechende Änderung des Wirtschaftsplans verlangen[2]). Die Kosten hat jeder Teil zur Hälfte zu tragen[1]).

Das gleiche gilt, wenn ein Bergwerk oder eine andere auf Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichtete Anlage Gegenstand des Nießbrauchs ist[3]).

E II 948; P 3 392, 393; 6 242, 243.

1. Bei dem **Nießbrauch an einem forstmäßig zu benutzenden Walde** liegt es im Interesse beider Teile, des Eigentümers und des Nießbrauchers, daß die Bewirtschaftungsweise von vornherein durch einen **Wirtschaftsplan** festgestellt wird, da sonst die Frage, ob die Regeln der ordnungsmäßigen Wirtschaft beobachtet sind (§ 1036 Abs 2), ob sich insbesondere die Nutzung auf das zur Erhaltung eines nachhaltigen Betriebs erforderliche Maß beschränkt, zu beständigen Streitigkeiten Anlaß geben könnte. Kommt eine Einigung nicht zustande, so kann ein jeder von ihnen darauf klagen, daß der von ihm vorgeschlagene Wirtschaftsplan von dem anderen genehmigt wird. Die *Kosten der Aufstellung* des Wirtschaftsplans sind, da hieran beide Teile in gleichem Maße interessiert sind, von jedem Teile zur Hälfte zu tragen. Dabei bleibt

es auch, wenn die Aufstellung erst im Prozesse erfolgt. Nur wegen der sonstigen Kosten des Rechtsstreits bleiben die Grundsätze der Prozeßordnung über die Kostenpflicht maßgebend. Der Nießbraucher ist verbunden, den durch Vertrag oder Urteil festgestellten Wirtschaftsplan einzuhalten und kann schon während der Nießbrauchszeit im Klagewege hierzu sowie zur Beseitigung einer unter Abweichung von dem Wirtschaftsplan etwa vorgenommenen Änderung angehalten werden.

2. **Änderung des Wirtschaftsplans.** Sobald die Sachlage sich dahin verändert, daß es den Regeln der ordnungsmäßigen Wirtschaft (§ 1036 Abs 2) nicht mehr entspricht, an dem Wirtschaftsplan festzuhalten, sind die Parteien in dem aus dieser Veränderung sich ergebenden Umfange nicht mehr hieran gebunden. Jeder Teil kann dann insoweit eine neue Regelung verlangen. Der frühere Wirtschaftsplan bleibt, sobald das Verlangen gestellt ist, auch nicht so lange in Kraft, bis der neue Plan die Genehmigung des anderen Teiles gefunden hat oder dieser zur Genehmigung verurteilt ist. Die Aufstellung des neuen Planes erfolgt ebenso wie die des früheren Wirtschaftsplans (vgl. A 1) auf gemeinschaftliche Kosten.

3. Die in A 1 u. 2 dargestellten Grundsätze kommen auch zur Anwendung, wenn es sich um den Betrieb eines **Bergwerks** oder eines auf die **Gewinnung von Bodenbestandteilen** gerichteten Unternehmens handelt. Auch hier bedarf es, damit der Eigentümer gegen unwirtschaftlichen Abbau geschützt ist, der Aufstellung eines festen Planes. Der für Bergwerke durch landesgesetzliche Bestimmungen vorgeschriebene, von der Bergbehörde zu genehmigende Betriebsplan dient nur polizeilichen Interessen. Mit diesem Betriebsplan hat sich natürlich der zwischen Eigentümer und Nießbraucher zu vereinbarende Wirtschaftsplan in Einklang zu halten.

§ 1039

[3]) Der Nießbraucher erwirbt das Eigentum auch an solchen Früchten, die er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider oder die er deshalb im Übermaße zieht, weil dies infolge eines besonderen Ereignisses notwendig geworden ist. Er ist jedoch, unbeschadet seiner Verantwortlichkeit für ein Verschulden, verpflichtet, den Wert der Früchte dem Eigentümer bei der Beendigung des Nießbrauchs zu ersetzen und für die Erfüllung dieser Verpflichtung Sicherheit zu leisten[1]). Sowohl der Eigentümer als der Nießbraucher kann verlangen, daß der zu ersetzende Betrag zur Wiederherstellung der Sache insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht[2]).

Wird die Verwendung zur Wiederherstellung der Sache nicht verlangt, so fällt die Ersatzpflicht weg, soweit durch den ordnungswidrigen oder den übermäßigen Fruchtbezug die dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden[1]).

E I 988 Abs 2 u. 3 II 949; M 3 500, 501; P 3 388 ff., 393, 394; 6 243.

1. Das **Eigentum an den Früchten** erwirbt der Nießbraucher kraft seines dinglichen Rechtes entsprechend der allgemeinen Regel des § 954 mit der Trennung der Früchte. Es gilt dies, da der Begriff der Früchte (§ 99) sich nach äußeren Merkmalen bestimmt, auch von den **im Übermaße gezogenen Früchten,** mag nun der Nießbraucher über die Grenzen hinaus, die sich aus den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft bei Aufrechterhaltung der bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung der Sache ergeben (§ 1036 Abs 2), Früchte gewonnen haben oder mag es sich um außerordentliche Nutzungen handeln, die ohne ordnungswidriges Verhalten infolge eines zufälligen Ereignisses (Windbruch, Raupenfraß) oder infolge der rechtsverletzenden Handlung eines Dritten (Abholzen seitens eines Unberechtigten) entstanden sind. Insoweit hat aber der Nießbraucher — was nur für das schuldrechtliche Verhältnis zum Eigentümer von Bedeutung ist — den Wert der Früchte, wobei der Wert nach der Zeit der Trennung der Früchte zu berechnen ist, nach Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer zu erstatten. Hierbei ist der Wert derjenigen Früchte in Abzug zu bringen, welche der Nießbraucher, wenn nicht durch den übermäßigen Fruchtbezug die Nutzungen der späteren Zeit fortgefallen oder gemindert wären, nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft während der Nießbrauchszeit erhalten haben würde; denn insoweit liegt nur eine Schädigung des Nießbrauchers, nicht des Eigentümers vor (**RG** 80, 233). Zu erstatten ist auch der Zinsenbetrag, den der Nießbraucher von dem Werte der zuviel gezogenen Früchte erhalten konnte, da dieser Vorteil ihm nach Nießbrauchsrecht nicht gebührt. Der Nießbraucher braucht den Wertbetrag erst nach Beendigung des Nießbrauchs zu zahlen, da bis dahin die Zinsen des Wertbetrags ihm selbst zustehen. Daß er den Geldbetrag unter Vorbehalt seines

Nießbrauchsrechts für den Eigentümer anlegt, kann nicht verlangt werden. Nur dazu ist er verbunden, daß er für die Erfüllung der Ersatzpflicht (deren Höhe wegen des vorerwähnten Abzugs sich jährlich mindert) dem Eigentümer nach Maßgabe der §§ 232—240 Sicherheit leistet. Der Nießbraucher bleibt außerdem im Falle des Verschuldens nach den Grundsätzen des Schadensersatzes verpflichtet, dem Eigentümer den durch übermäßige Nutzung entstandenen Schaden sogleich zu ersetzen. Zur Erstattung des Wertes der infolge Umwandlung der bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung der Sache außerordentlicherweise gezogenen Früchte (Abholzen eines Waldes usw.) ist der Nießbraucher auch dann verpflichtet, wenn ihm die Umwandlung von dem Eigentümer gestattet ist oder er als Verwalter des Eigentümers (**RG** 80, 229) zur Vornahme der Änderung befugt war.

2. Mit dem Anspruch auf Erstattung des Wertes braucht der Eigentümer nicht bis zur Beendigung des Nießbrauchs zu warten, wenn nach wirtschaftlichen Grundsätzen infolge des übermäßigen Fruchtbezugs die **Wiederherstellung der Sache** durch Aufforstungen usw. nötig geworden ist. In diesem Falle kann der Eigentümer verlangen, daß der Nießbraucher den von ihm zu erstattenden Betrag für diese Wiederherstellung verwendet. Der Nießbraucher kann die Wiederherstellung selbst ausführen und wird hierdurch, soweit die Verwendung wirtschaftlich angemessen ist, von der Erstattungspflicht auch dann befreit, wenn die Verwendung wider den Willen des Eigentümers erfolgt. Zu seiner Sicherheit kann er vor Ausführung der Verwendung die Einwilligung des Eigentümers fordern.

3. Das Recht auf **sonstige Nutzungen**, die nicht zu den Sachfrüchten gehören (§ 99 Abs 3) — Mietzinsen, Pachtzinsen, Renten eines mit dem Grundstück verbundenen Rentenrechts usw. — erwirbt der Nießbraucher, soweit die Nutzungen nach den im § 101 Nr 2 über die Auseinandersetzung mit dem Eigentümer gegebenen Vorschriften ihm verbleiben, bereits mit der Bestellung des Nießbrauchs oder doch in dem späteren Zeitpunkt der Entstehung des Rechtes (abw. die früheren Auflagen). Das Recht auf regelmäßig wiederkehrende Erträge wie Mietzinsen erwirbt hierbei der Nießbraucher zu dem der Dauer des Nießbrauchs entsprechenden Teile, während es bei anderen Hebungen darauf ankommt, ob die Fälligkeit in die Nießbrauchszeit fällt. Ist der Zeitpunkt der Fälligkeit ein ungewisser, wie es z. B. der Fall, wenn der Schuldner die Zeit der Leistung nach seinem Belieben bestimmen kann, so können bis zur Beseitigung der Ungewißheit Nießbraucher und Eigentümer nur gemeinschaftlich über die Nutzung verfügen. Von diesem Verfügungsrecht verschieden ist es, daß nach Eigentumsgrundsätzen durch Übergabe, sofern sie in diesem Sinne erfolgt, dem Nießbraucher das Eigentum an dem vom Schuldner Geleisteten verschafft wird.

§ 1040

Das Recht des Nießbrauchers erstreckt sich nicht auf den Anteil des Eigentümers an einem Schatze, der in der Sache gefunden wird[1]).

E I 990 II 950; M 3 504; P 3 392.

1. Der **Schatz** gehört nach der Bestimmung des § 99 Abs 1 nicht zu den Früchten. Er ist auch nicht als Bestandteil oder als Zubehör der Nießbrauchsache anzusehen. Der Anteil des Eigentümers an dem Schatz (§ 894) fällt daher nicht dem Nießbraucher als Nutzung zu und auch der Anteil des Eigentümers am Schatz unterliegt nicht dem Nießbrauch.

§ 1041

Der Nießbraucher hat für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen[1]). Ausbesserungen und Erneuerungen liegen ihm nur insoweit ob, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören[2]).

E I 991, 997, 998 Abs 1 II 951; M 3 504, 505, 510, 511; P 3 392.

1. Der Grundsatz, daß der Nießbraucher für die **wirtschaftliche Erhaltung der Sache** zu sorgen hat, besagt nicht, daß die sämtlichen Erhaltungskosten dem Nießbraucher obliegen. Inwieweit er zu Aufwendungen verpflichtet ist, ist in Satz 2 bestimmt. Im übrigen genügt er der Erhaltungspflicht gemäß § 1042 dadurch, daß er, wenn Ausbesserungen oder besondere Vorkehrungen zur Erhaltung der Sache nötig werden, dem Eigentümer hiervon rechtzeitig Anzeige macht. Hat er statt der Anzeige die dem Eigentümer obliegende Ausbesserung oder Erneuerung selbst vorgenommen, so kann gemäß § 1049 ein Anspruch auf Ersatz nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag, und zwar schon während der Nießbrauchszeit, begründet sein (s. hierüber § 1049 A 1). Auch der Eigentümer ist dem Nießbraucher gegenüber nicht zur Erhaltung der Sache verpflichtet. Über die Verpflichtung des Nießbrauchers,

dem Eigentümer die zur Erhaltung der Sache erforderlichen Handlungen zu gestatten s. § 1044 A 1.

2. **Unterhaltungskosten.** Geradeso wie die außerordentlichen Nutzungen dem Nießbraucher nicht gebühren (§ 1039 A 1), fallen ihm auch die außerordentlichen Unterhaltungskosten nicht zur Last. Diejenigen Kosten, die nach dem regelmäßigen Laufe der Dinge in kürzeren oder längeren Zeitabschnitten zur Ausbesserung oder allmählichen Erneuerung aufgewandt werden müssen, hat der Nießbraucher, auch wenn hierbei das Verschulden eines Dritten mit unterläuft, aus eigenen Mitteln zu bestreiten, ebenso die Kosten einer außergewöhnlichen Ausbesserung oder Erneuerung, die dadurch notwendig geworden ist, daß die Aufwendung der regelmäßigen Unterhaltungskosten unterlassen ist. Handelt es sich dagegen um Ausbesserungen oder Erneuerungen, die in einem außergewöhnlichen Ereignis oder in einem nach der Beschaffenheit der Sache bei längerem Gebrauch eintretenden Verfall ihren Grund haben, so sind dies Aufwendungen, die dem Nießbraucher nicht obliegen.

§ 1042

Wird die Sache zerstört oder beschädigt oder wird eine außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung der Sache oder eine Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr erforderlich, so hat der Nießbraucher dem Eigentümer unverzüglich Anzeige zu machen. Das gleiche gilt, wenn sich ein Dritter ein Recht an der Sache anmaßt[1]).

E I 996, 998 Abs 2 II 952; M 3 508 ff.; P 3 392.

1. Die Erhaltungspflicht des Nießbrauchers (§ 1041 Satz 1) zeigt sich auch darin, daß er, sofern eine Ausbesserung oder Erneuerung notwendig wird, deren Kosten er nicht zu tragen hat, unverzüglich dem Eigentümer (falls dieser hiervon nicht bereits Kenntnis hat), **Anzeige machen** muß, damit dieser das Nötige besorgen kann. § 1042 spricht hier zwar nur von dem Falle einer außergewöhnlichen Ausbesserung (Erneuerung). Die Vorschrift ist aber auch anwendbar, wenn der Eigentümer den Nießbraucher von der Pflicht zur Vornahme bestimmter Ausbesserungen, die sonst als zur gewöhnlichen Unterhaltung gehörig dem Nießbraucher zur Last fallen würden, befreit hat, vorausgesetzt, daß die Abmachung nicht etwa in dem Sinne getroffen ist, daß der Nießbraucher auch von der Anzeigepflicht befreit sein soll. Ist der Nießbraucher selbst, obschon er hierzu nicht verpflichtet ist, zur Ausbesserung bereit, so fällt, wie in E I 998 Abs 2 (M 3, 511) ausdrücklich bestimmt war, die Anzeigepflicht fort. Kraft der ihm obliegenden Erhaltungs- und Verwahrungspflicht ist ferner der Nießbraucher anzeigepflichtig, sobald besondere Vorkommnisse dem Eigentümer Anlaß zu sofortigem Einschreiten behufs Wahrung seiner Eigentumsrechte geben. Dies ist der Fall, wenn die Sache zerstört oder beschädigt wird oder infolge unvorhergesehener Gestaltung der Dinge der Gefahr der Zerstörung oder Beschädigung ausgesetzt ist oder wenn ein Dritter sich tatsächlich oder wörtlich (in einer ernst zu nehmenden Weise) Rechte an der Sache anmaßt. Schuldhafte Verletzung der Anzeigepflicht macht den Nießbraucher schadensersatzpflichtig. Das Vorhandensein der Voraussetzungen der Anzeigepflicht hat der Eigentümer, die Erfüllung oder die schuldlose Verhinderung an der Erfüllung dagegen der Nießbraucher zu beweisen. Die Gefahr des Eingangs der Anzeige hat, sofern von dem Nießbraucher bei Absendung der Anzeige die gehörige Sorgfalt betätigt ist, der Eigentümer zu tragen. — Für den Mietvertrag ist eine ähnliche Vorschrift in § 545 getroffen.

§ 1043

Nimmt der Nießbraucher eines Grundstücks eine erforderlich gewordene außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung selbst vor, so darf er zu diesem Zwecke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft auch Bestandteile des Grundstücks verwenden, die nicht zu den ihm gebührenden Früchten gehören[1]).

E I 999 Abs 1 II 953; M 3 511, 512; P 3 392; 6 244, 245.

1. Zur Vornahme einer **außergewöhnlichen Ausbesserung oder Erneuerung** ist weder der Nießbraucher noch der Eigentümer verpflichtet. Nimmt der Nießbraucher, wozu er berechtigt, eine solche Ausbesserung oder Erneuerung vor, so hat er einen Anspruch auf Ersatz nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag (vgl. § 1049 A 1). Er kann aber, statt erst nachträglich Ersatz zu fordern, sich von vornherein dadurch Ersatz beschaffen, daß er **Grundstücksbestandteile,** auf die er als Nießbraucher kein Recht hat, weil sie nicht zu den Früchten gehören, oder solche Früchte, die über die ordnungsmäßige Nutzung hinausgehen

(§ 1039 A 1), deren Wert er also dem Eigentümer ersetzen müßte, für die Ausbesserung verwendet. Bei Ausübung dieses Rechtes muß er sich indes in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft (vgl. § 1036 A 2) halten. Er darf nicht Grundstücksbestandteile wählen, deren Entnahme sich für den Wirtschaftsbetrieb oder den Wert des Grundstücks als unverhältnismäßig nachteilig herausstellt oder die bedeutend vorteilhafter zu anderen Zwecken zu verwenden gewesen wären. Ein Recht des Nießbrauchers auf Verwendung von Grundstücksbestandteilen ist selbstverständlich nur insoweit anzuerkennen, als er nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz für Aufwendungen aus eigenen Mitteln beanspruchen könnte. — § 1043 ist auszudehnen auf Ausbesserungen und Erneuerungen, die zur gewöhnlichen Unterhaltung gehören, sofern der Nießbraucher von Tragung dieser Kosten befreit ist.

§ 1044

Nimmt der Nießbraucher eine erforderlich gewordene Ausbesserung oder Erneuerung der Sache nicht selbst vor, so hat er dem Eigentümer die Vornahme[1]) und, wenn ein Grundstück Gegenstand des Nießbrauchs ist, die Verwendung der im § 1043 bezeichneten Bestandteile des Grundstücks[2]) zu gestatten.

E I 998 Abs 2, 999 Abs 2 II 954; M 3 510, 511; P 3 392; 6 244, 245.

1. Ist der Nießbraucher zur Vornahme der Ausbesserung oder Erneuerung bereit, so ist das Recht des Eigentümers, die Ausbesserung selbst vorzunehmen, ausgeschlossen. Andernfalls ist der Nießbraucher — was schon aus seiner Erhaltungspflicht folgt (vgl. § 1041 A 1) — verbunden, dem Eigentümer die **Vornahme der zur Ausbesserung oder Erneuerung erforderlichen Handlungen** an der Nießbrauchsache zu **gestatten**. Dieses Recht des Eigentümers kann, sobald derselbe einmal mit Ausführung der Arbeiten begonnen hat, nicht dadurch beseitigt werden, daß der Nießbraucher sich hinterher zur Vornahme der Arbeiten erbietet. Das Recht des Eigentümers ist übrigens nicht als ein dingliches, sondern als ein schuldrechtliches aufzufassen, so daß es gegen den Willen des im Besitz befindlichen Nießbrauchers nur im Zwangsvollstreckungsverfahren (§§ 890, 892) verwirklicht werden kann. Diese Grundsätze gelten gleichmäßig für alle Ausbesserungen (Erneuerungen), gewöhnliche und außergewöhnliche, mögen sie nun an sich dem Eigentümer oder dem Nießbraucher obliegen.

2. Nimmt der Eigentümer die Ausbesserung oder Erneuerung vor, so gebührt ihm auch das in § 1043 dem Nießbraucher eingeräumte Recht, hierfür **die Grundstücksbestandteile zu verwenden**. Dieses Recht steht ihm ebenfalls nur unter den in § 1043 festgesetzten Beschränkungen zu. Die Ausbesserung oder Erneuerung muß ferner nach wirtschaftlichen Grundsätzen, wobei der Eigentümer auch auf das Interesse des Nießbrauchers Rücksicht zu nehmen hat, erforderlich sein. Ein Unterschied zwischen außergewöhnlichen und gewöhnlichen Ausbesserungen, zwischen Ausbesserungen, die dem Eigentümer, und solchen, die dem Nießbraucher zur Last fallen, ist auch hier nicht zu machen.

§ 1045

Der Nießbraucher hat die Sache für die Dauer des Nießbrauchs gegen Brandschaden und sonstige Unfälle auf seine Kosten unter Versicherung zu bringen, wenn die Versicherung einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht[1]). Die Versicherung ist so zu nehmen, daß die Forderung gegen den Versicherer dem Eigentümer zusteht[2]).

Ist die Sache bereits versichert, so fallen die für die Versicherung zu leistenden Zahlungen dem Nießbraucher für die Dauer des Nießbrauchs zur Last, soweit er zur Versicherung verpflichtet sein würde[3]).

E I 1001, 1003 Nr 4 II 955; M 3 513, 514, 518; P 3 396 ff.; 6 243, 244.

1. Als ein Ausfluß der Erhaltungspflicht des Nießbrauchers (§ 1041 Satz 1) ist es ferner anzusehen, daß er die Nießbrauchsache **auf seine Kosten** zu **versichern** hat. Eine unbedingte Versicherungspflicht ist jedoch dem Nießbraucher nicht auferlegt. Es kommt darauf an, ob und inwieweit (gegen welche Unfälle) die Versicherung nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft geboten ist. In dieser Beziehung ist wesentlich auf die örtlichen Gewohnheiten und die örtlichen Bedürfnisse Rücksicht zu nehmen. Der ordnungsmäßigen Wirtschaft wird es regelmäßig entsprechen, Gebäude und Mobiliar (falls es sich nicht um ganz untergeordnete Nebengebäude oder geringwertige Sachen handelt) gegen Brandschaden, und zwar zum vollen Wert versichert zu halten. Darüber, ob und inwieweit Ver-

sicherung gegen sonstige Unfälle (Hagelschaden hinsichtlich der ungetrennten Früchte, Diebstahl, Viehsterben, Brandschaden der auf einem Transport befindlichen Sachen) zu nehmen ist, läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Auch die Auffassung der beteiligten Kreise kann nicht unbedingt entscheidend sein, da die Verhältnisse des einzelnen Falles, Größe der Gefahr, Höhe des Wertes, eine Abweichung gebieten können.

2. Die Versicherung hat der Nießbraucher, soweit eine Versicherungspflicht besteht, derart zu bewirken, daß der **Eigentümer einen unmittelbaren Anspruch gegen den Versicherer** erlangt. Es geschieht dies dadurch, daß die Versicherung für Rechnung des Eigentümers genommen und diesem der Versicherungsschein ausgehändigt wird (§§ 74 ff. des VersVG v. 30. 5. 08, vgl. auch § 328). Zu versichern ist der Wert der dem Nießbrauch unterliegenden Sache, und zwar, wie aus § 1046 folgt, da dem Nießbrauch auch die Forderung gegen den Versicherer unterliegt, ohne Abzug des Nießbrauchswerts. Abzuschließen ist der Vertrag von dem Nießbraucher im eigenen Namen. Er hat demgemäß die Verpflichtung zur Zahlung des Versicherungsbeitrags persönlich zu übernehmen und die sonstigen Kosten der Versicherung zu tragen. Auch im übrigen kommen dem Nießbraucher die Verpflichtungen und Rechte eines Versicherungsnehmers für fremde Rechnung zu, Pflicht der Anzeige, die übrigens nach § 79 VersVG v. 30. 5. 08 in gewissem Maße auch den Versicherten trifft, Pflicht zur Unterlassung jeder Gefahrerhöhung, zur Minderung des eingetretenen Schadens, Recht zur Verfügung nach § 76 dieses Gesetzes (vgl. Kisch Recht 1913, 768 ff., insbesondere S. 795). Regelmäßig wird der Vertrag, wennschon der Nießbraucher zur Versicherung nur für die Dauer des Nießbrauchs verpflichtet ist, in der Weise geschlossen werden, daß die Versicherung nach Beendigung des Nießbrauchs vorbehaltlich des Kündigungsrechts für Rechnung des Eigentümers weiterläuft. Hat der Nießbraucher bei Eingehung der Versicherung sich als den Eigentümer ausgegeben, so wird er selbst, nicht der Eigentümer, forderungsberechtigt (RG 76, 136; anders ist die Regelung nach §§ 1381, 1646 für das ehemännliche und elterliche Nutznießungsrecht). Der Nießbraucher genügt in diesem Falle seiner Verpflichtung aus § 1045 dadurch, daß er dem Eigentümer als Versicherten die Rechte aus der Versicherung abtritt.

3. War in den Fällen, in denen die Versicherungspflicht den Nießbraucher trifft, die Sache **bereits früher** von dem Eigentümer **versichert,** so hat der Nießbraucher seine Versicherungspflicht dadurch zu erfüllen, daß er die auf die Nießbrauchszeit entfallenden Versicherungsbeiträge aus eignen Mitteln entrichtet. Dies ist eine Verpflichtung, die dem Nießbraucher nur im Verhältnis zum Eigentümer obliegt. An dem Versicherungsverhältnis selbst, das lediglich zwischen dem Eigentümer und dem Versicherer besteht, ist der Nießbraucher nicht beteiligt. Läuft die früher eingegangene Versicherung während des Nießbrauchs ab, so sind für die neu einzugehende Versicherung die in A 2 dargestellten Grundsätze maßgebend.

§ 1046

An der Forderung gegen den Versicherer steht dem Nießbraucher der Nießbrauch nach den Vorschriften zu, die für den Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung gelten[1]).

Tritt ein unter die Versicherung fallender Schaden ein, so kann sowohl der Eigentümer als der Nießbraucher verlangen, daß die Versicherungssumme zur Wiederherstellung der Sache oder zur Beschaffung eines Ersatzes insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht. Der Eigentümer kann die Verwendung selbst besorgen oder dem Nießbraucher überlassen[2]).

E I 1002 II 956; M 3 514, 515; P 3 396 ff.

1. Die **Forderung gegen den Versicherer ist dem Nießbrauchsrecht unterworfen,** falls nicht etwa durch Versicherung des Sachwerts unter Abzug des Nießbrauchswerts (vgl. § 1045 A 2) ausschließlich das Interesse des Eigentümers versichert ist. Dem Nießbrauchsrecht unterliegt die Forderung nicht nur, wenn der Nießbraucher die Sache gemäß gesetzlicher Verpflichtung für den Eigentümer versichert hat, sondern auch, wenn die Versicherung schon früher von dem Eigentümer genommen ist, und zwar wird in diesem Falle mit Beginn des Nießbrauchs unbeschadet der Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Schuldners (§§ 406—408) — die für Hypothekengläubiger geltende Sondervorschrift des § 1128 Abs 2 kann nicht unbedingt Anwendung finden (bestr.) — die Forderung ohne weiteres von dem Nießbrauchsrecht ergriffen, soweit der Nießbraucher versicherungspflichtig ist. Das Recht des Nießbrauchers an der Versicherungsforderung gestaltet sich in gleicher Weise wie bei einer auf Zinsen ausstehenden Forderung, so daß der Eigentümer nur in Gemeinschaft mit dem Nießbraucher die Forderung einziehen, den Betrag in Empfang nehmen oder sonst darüber

verfügen kann (§§ 1077, 1078). Eine den Nießbrauch beeinträchtigende Aufhebung oder Veränderung der Versicherungsforderung ist dem Eigentümer ohne Zustimmung des Nießbrauchers nicht gestattet (§ 1071).

2. Auch hinsichtlich der Anlegung der gezahlten Versicherungssumme gelten an sich die in § 1079 für eine auf Zinsen ausstehende Forderung gegebenen Vorschriften. Diese Vorschriften erleiden dadurch jedoch eine Änderung, daß der Nießbrauch an der Versicherungsforderung nur dazu dienen soll, den Sachnießbrauch zu erhalten. Die Versicherungssumme soll dazu verwendet werden, den früheren Zustand, soweit dies möglich und nach wirtschaftlichen Grundsätzen (ohne Rücksicht auf die Sonderinteressen des Eigentümers oder Nießbrauchers) angemessen ist, **wiederherzustellen** oder in anderer Weise, indem die Nießbrauchssachen verbessert oder vervollständigt werden, **Ersatz zu beschaffen.** Ein jeder Teil kann demgemäß die Verwendung der Versicherungssumme zu solchen Zwecken verlangen. Können sich die Parteien über die Art und Weise der Verwendung nicht einigen, so kommt die Besorgung der Verwendung dem Eigentümer als dem Hauptbeteiligten zu. Der Nießbraucher kann aber, wenn sich die von dem Eigentümer beabsichtigte Verwendung nicht innerhalb dieser Zwecke hält, hiergegen Einwendungen erheben und seine Rechte im Prozeßwege zur Geltung bringen. Auch kann er den Eigentümer, der bei der Ausführung schuldhaft die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verletzt hat, verantwortlich machen. Dem Eigentümer steht es frei, die Besorgung dem Nießbraucher zu überlassen, der in diesem Falle die Übernahme der Ausführung nicht verweigern darf. Nicht aber ist der Eigentümer berechtigt, dem Nießbraucher über die Verwendung Anweisungen zu erteilen. Es verbleibt ihm nur das Recht, von dem Nießbraucher bei schuldhafter Verletzung seiner Pflichten Schadensersatz zu fordern. Der beschaffte Ersatz tritt, wenn bei dem Erwerbe nicht eine andere Ansicht kundgegeben ist, in die Rechtsstellung der Nießbrauchsache ein (a. A. Planck A 5; Biermann A 2, welche die ausdrückliche Einräumung des Nießbrauchs fordern).

§ 1047

[1]) Der Nießbraucher ist dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, für die Dauer des Nießbrauchs die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten mit Ausschluß der außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind[2]), sowie diejenigen privatrechtlichen Lasten zu tragen, welche schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten, insbesondere die Zinsen der Hypothekenforderungen und Grundschulden sowie die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen[3]).

E I 1003 Nr 1—3 II 957; M 3 515 ff.; P 3 399; 6 244, 245.

1. Nach den durch Parteivereinbarung abänderlichen Vorschriften des § 1047 hat der Nießbraucher **diejenigen Lasten** zu tragen, **deren Entrichtung aus den Erträgen der Sache erwartet werden darf.** Doch ist in Ermanglung einer anderen Vereinbarung die Verpflichtung zur Lastentragung nicht etwa davon abhängig, daß im einzelnen Falle die gezogenen Nutzungen zur Deckung der Lasten ausreichen (RG 72, 102). Wird der Nießbrauch dem Gläubiger zur Befriedigung wegen seiner Forderung eingeräumt (vgl. Vorbem 1 vor § 1030), so läßt sich nicht als Wille der Parteien annehmen, daß der Nießbraucher die Lasten über die wirklichen Einnahmen hinaus zu bestreiten hat (vgl. Gruch 57, 631). Die Verpflichtung des Nießbrauchers besteht nur im Verhältnis zum Eigentümer. Die Gläubiger haben ihrerseits keinen persönlichen Anspruch gegen den Nießbraucher (RG 15. 12. 06 V 135/06 und SeuffA 62 Nr 182), können aber durch Pfändung des Anspruchs des Eigentümers ein Recht auf Zahlung erlangen. Eine Abmachung zwischen Eigentümer und Nießbraucher, wonach letzterer zur Zahlung von Hypothekenzinsen usw. nicht verpflichtet ist, kann nicht als wider die guten Sitten verstoßend angesehen werden (SeuffA 62 Nr 182). Möglich bleibt die Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung (RG Warn 1918 Nr 198). Dagegen haben bei dem Nießbrauch an einem Vermögen die Gläubiger des Nießbrauchsbestellers nach § 1088 (s. A 2) einen unmittelbaren Anspruch gegen den Nießbraucher auf Entrichtung der Zinsen. Der dem Eigentümer gegenüber bestehenden Verpflichtung zur Lastentragung genügt der Nießbraucher dadurch, daß er die Leistungen unmittelbar an den empfangsberechtigten Dritten entrichtet oder ihn in anderer Weise befriedigt. Der Eigentümer kann nur Befreiung, nicht Leistung an sich selbst verlangen und auch der Nießbraucher ist zu einer solchen Leistung nicht berechtigt (RG 72, 103). Die in § 1047 bestimmten Nießbrauchspflichten treffen nicht ohne weiteres den Eigentümer, der bei Verschenkung des Grundstücks sich die „lebenslängliche Benutzung" vorbehalten hat (RG Warn 1917 Nr 144). Über die Verteilung der Lasten zwischen Eigentümer

und Nießbraucher bei Beginn und Beendigung des Nießbrauchs s. § 103. — Keine besondere Bestimmung ist getroffen über die Fruchtgewinnungskosten. Diese Kosten fallen als eine den Ertrag der Nutzung mindernde Ausgabe dem Nießbraucher zur Last. Ebenso sind die Betriebskosten eines geschäftlichen Unternehmens von dem Nießbraucher zu tragen. Wegen Ersatzes der Gewinnungskosten hinsichtlich der bei Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer zufallenden Früchte s. § 1055 A 3.

2. Die **öffentlichen Lasten** liegen, sofern sie als auf den wirtschaftlichen Ertrag der Sache, nicht auf den Stammwert gelegt anzusehen sind (Grund- und Gebäudesteuer, Gewerbesteuer, Gemeindegebühren), dem Nießbraucher immer ob, andere öffentliche Lasten nur unter der Voraussetzung, daß sie nicht zu den außerordentlichen Lasten gehören, die ausnahmsweise infolge eines besonderen Ereignisses zur Hebung kommen. Die Ergänzungssteuer, die Hundesteuer usw. ist als eine auf den Stammwert der Sache gelegte Abgabe anzusehen. Es handelt sich dabei aber nicht um eine außerordentliche, sondern um eine ständige Abgabe, die regelmäßig erhoben wird. Zu den auf den Stammwert gelegten außerordentlichen Abgaben sind namentlich die Kriegssteuern und die Anliegerbeiträge zu rechnen. Die nach dem RGes. v. 3. 7. 13 von dem Vermögenszuwachs zu entrichtende Besitzsteuer fällt nach § 17 dieses Gesetzes in Ermanglung einer anderen Vereinbarung dem Eigentümer zur Last, ebenso der nach dem weiteren Ges. v. 3. 7. 13 erhobene außerordentliche Wehrbeitrag (s. § 14 das.) und die durch Ges. v. 21. 6. 16 eingeführte Kriegssteuer. Auf Leistungen im polizeilichen Interesse ist der Begriff der öffentlichen Lasten nicht zu erstrecken (vgl. § 1654 A 1).

3. Die **privatrechtlichen Lasten** sind nach der in A 1 bezeichneten Regel ausnahmslos von dem Nießbraucher zu tragen, da sie nach allgemeiner Auffassung aus den Einkünften zu decken sind. Es kann aber der Eigentümer — auch ein während der Nießbrauchszeit neu eintretender Eigentümer — durch Auferlegung neuer Lasten das Recht des Nießbrauchers nicht schmälern. Nur diejenigen Lasten können deshalb in Betracht kommen, welche der Sache bereits zur Zeit der Begründung des Rechtes auf den Nießbrauch auferlegt waren oder deren spätere Auferlegung sich der Eigentümer dem Nießbraucher gegenüber durch besondere Vereinbarung vorbehalten hat. Die persönlichen Verpflichtungen des Nießbrauchers können auch nicht dadurch erhöht werden, daß der Grundstückseigentümer auf Grund des § 1119 für eine unverzinsliche Hypothek nachträglich Zinsen eintragen läßt oder den niedrigeren Zinssatz bis auf 5 v. H. erhöht. Eine Ausnahme hiervon wird zu machen sein, wenn die Erhöhung des Zinssatzes, weil zu geringeren Zinsen eine Hypothek nicht erhältlich, geboten war (bestr.). Zu den privatrechtlichen Lasten gehören die Reallasten und die reallastähnlichen gesetzlichen Verpflichtungen (§§ 912, 913, 917, 1022), die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen und die Zinsen einer Hypothek oder Grundschuld. Die Zahlung des Kapitals geht den Nießbraucher nichts an. Er hat deshalb auch weder für die zur allmählichen Tilgung des Kapitals bestimmten Beträge noch bei Verzug des Eigentümers mit Zahlung des Kapitals oder dieser Tilgungsbeträge für die hierdurch entstehenden Verzugszinsen aufzukommen. Der Nießbraucher ist auch nicht haftbar wegen Verzugs des Eigentümers mit Entrichtung einer vor Bestellung des Nießbrauchs fälligen Leistung. Handelt es sich um eine Gesamthypothek, so hat der Nießbraucher die Zinsen nur insoweit zu tragen, als sie bei der Ausgleichung zwischen den verschiedenen Eigentümern der verhafteten Grundstücke dem Eigentümer des Nießbrauchsgrundstücks zur Last fallen oder soweit die verhafteten Grundstücke sämtlich im Eigentum des letzteren sich befinden, als die Zinsen nach dem Verhältnis des Wertes der verhafteten Grundstücke auf das dem Nießbrauch unterliegende Grundstück entfallen (abw. namentlich Staudinger A 1b δ; Planck A 2b δ). Ist die Gesamthypothek lediglich zur Verbesserung des Nießbrauchsgrundstücks aufgenommen, so wird nach Lage der Sache bei Begründung des Nießbrauchs als vereinbart gelten können, daß die Zinsen allein dem Nießbraucher zur Last fallen. Die Vormerkung ist nicht als eine Last im Sinne des § 1047 anzusehen. Die Zinsen der vorgemerkten Forderungen braucht der Nießbraucher erst von dem Zeitpunkt an zu entrichten, wo die Vormerkung in eine endgültige Hypothek umgeschrieben ist. Anders ist es mit den Zinsen einer Kautionshypothek. Die Verzinsung einer Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld liegt dem Nießbraucher niemals ob (bestr.). Hat nach Bestellung des Nießbrauchs der Eigentümer die auf ihn übergegangene Hypothek einem Dritten abgetreten, so verbleibt dem Nießbraucher die Zinsenpflicht bis zur Höhe der früher für die Hypothek zu entrichtenden Zinsen. Nicht zu den Lasten (vgl. **RG** 66, 316) gehören die Grunddienstbarkeiten. Ihre Ausübung hat nach den Grundsätzen über widerstreitende dingliche Rechte der Nießbraucher zu dulden, wenn die Grunddienstbarkeit dem Nießbraucher vorgeht oder gleichsteht (vgl. indes § 1060) oder sein Recht durch die Ausübung nicht beeinträchtigt wird. — Ist eine dem Nießbrauch unterliegende bewegliche Sache verpfändet, so trifft in Ermanglung einer anderen Vereinbarung die Zinsenpflicht den Nießbraucher nicht. Die Zinsen pflegen hier nicht als eine aus den Einkünften der Sache zu deckende Last angesehen zu werden.

§ 1048

Ist ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Nießbrauchs, so kann der Nießbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen. Er hat für den gewöhnlichen Abgang sowie für die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ausscheidenden Stücke Ersatz zu beschaffen; die von ihm angeschafften Stücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum desjenigen, welchem das Inventar gehört[1]).

Übernimmt der Nießbraucher das Inventar zum Schätzungswerte mit der Verpflichtung, es bei der Beendigung des Nießbrauchs zum Schätzungswerte zurückzugewähren, so finden die Vorschriften der §§ 588, 589 entsprechende Anwendung[2]).

E I 1000 II 958; M 3 512, 513; P 3 396.

1. Der regelmäßige Wirtschaftsbetrieb bringt es, wenn der **Nießbrauch an einem Grundstück mit Beilaß** (Inventar) besteht, mit sich, daß einzelne Beilaßstücke verkauft oder verbraucht werden und dafür andere Stücke wieder angeschafft werden. Diesen Verhältnissen trägt der § 1048 dadurch Rechnung, daß er dem Nießbraucher ein **Verfügungsrecht** einräumt. Der Beilaß wird zwar nicht Eigentum des Nießbrauchers und kann deshalb auch nicht von seinen Gläubigern angegriffen werden. Der Nießbraucher darf aber hierüber frei verfügen, vorausgesetzt, daß sich die Verfügung innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hält. Hiervon hängt auch die Wirksamkeit Dritten gegenüber ab (bestr.). Zur Sicherung des Dritten kann der Nießbraucher verlangen, daß der Eigentümer die Wirksamkeit der Verfügung anerkennt. Die von dem Nießbraucher angeschafften Beilaßstücke gehen mit der Einstellung in den Beilaß, sobald die angeschafften Stücke in den Dienst der Wirtschaft gestellt sind, in das Eigentum des Grundstückseigentümers über. Der Nießbraucher ist dem Eigentümer gegenüber verbunden, den Beilaß vollzählig zu erhalten. Er hat deshalb an Stelle der veräußerten oder als unbrauchbar in Abgang gekommenen Stücke, soweit dies nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erforderlich ist, Ersatzstücke anzuschaffen. Bei außerordentlichen Unglücksfällen kann eine solche Ergänzung von dem Nießbraucher nicht verlangt werden. Die Ergänzungs- und Erhaltungspflicht liegt dem Nießbraucher auch ob, wenn der Beilaß in verbrauchbaren Sachen (§ 1067) besteht.

2. Hat der Nießbraucher die Beilaßstücke zum **Schätzungswert** behufs Rückgabe zum demnächstigen Schätzungswert übernommen, so erlangt der Nießbraucher, was nur zum Vorteil seiner Gläubiger sein würde, zwar ebenfalls nicht das Eigentum. Er hat aber, ohne daß er sich auf unverschuldeten Untergang oder Verschlechterung oder Preisrückgang berufen kann, Beilaßstücke zum gleichen Schätzungswerte zurückzugeben (§ 588). Der Eigentümer kann hierbei solche Stücke, die nach wirtschaftlichen Grundsätzen überflüssig (Superinventar) oder zu wertvoll sind (Plusinventar), zurückweisen. Weicht hiernach der Schätzungswert der zurückzuübernehmenden Stücke von dem Schätzungswerte der vom Nießbraucher übernommenen Stücke ab, so ist der Wertunterschied von dem Nießbraucher zu ersetzen oder, wenn sich ein Überschuß für ihn ergibt, ihm zu vergüten (§ 589).

§ 1049

Macht der Nießbraucher Verwendungen auf die Sache, zu denen er nicht verpflichtet ist, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag[1]).

Der Nießbraucher ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen[2]).

E I 1010 II 959; M 3 523 ff.; P 3 405, 406; 5 236; 6 94, 95.

1. Soweit der Nießbraucher zu Verwendungen für die Nießbrauchsache verpflichtet ist (vgl. § 1041), hat er keinen Ersatzanspruch. Im übrigen bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über **Geschäftsführung ohne Auftrag.** Der Nießbraucher ist bloß deshalb, weil er ein Interesse hat, die seinem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände zu erhalten und nutzbringender zu machen, nicht berechtigt, Verwendungen mit einer den Eigentümer verpflichtenden Wirkung vorzunehmen. Zur Begründung des Ersatzanspruchs gehört vielmehr, daß das Eingreifen des Nießbrauchers dem Interesse und (sofern er nicht eine dem Eigentümer im öffentlichen Interesse obliegende Pflicht erfüllt) dem wirklichen oder annehmbaren Willen des Eigentümers entspricht (§§ 679, 683). Dies gilt auch

— anders die Bestimmung des § 547 Abs 1 beim Mietvertrage — für notwendige Verwendungen. Die Sache kann so liegen, daß der Eigentümer kein Interesse an Erhaltung bestimmter Sachen hat, weil sie wertlos geworden sind oder ihre Erhaltung zu hohe Kosten erfordert oder weil der Eigentümer zu einem anderen Betriebe übergehen will. Verzinsung des Aufgewendeten kann der Nießbraucher nach § 256 insoweit fordern, als er nicht bereits dadurch entschädigt wird, daß durch die Verwendung die ihm zukommenden Nutzungen sich erhöhen (bestr.). Ist ein Ersatzanspruch nicht begründet, so kann der Nießbraucher das Verwendete nur, soweit hierdurch der Wert der Sache noch bei der Rückgabe erhöht ist, nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern (§§ 684, 685). Der Anspruch aus auftragsloser Geschäftsführung kann schon vor Beendigung des Nießbrauchs geltend gemacht werden und geht regelmäßig nur gegen denjenigen, welcher zur Zeit der Verwendung Eigentümer der Sache war, da der Nießbraucher, falls nicht besondere Umstände vorliegen, nur diesen als zum Ersatz verpflichtet ansehen kann (bestr.). Dagegen kann der Bereicherungsanspruch gemäß § 822 auch gegen den Dritten, dem der erste Empfänger das aus der Verwendung Erlangte unentgeltlich überlassen hat, erhoben werden. Wegen des Anspruchs gegen den Nießbrauchsbesteller s. § 1058 A 1 und wegen des Absonderungsrechts im Konkurse § 49 Abs 1 Nr 3 KO. Der Nießbraucher kann wegen seines Anspruchs auf Ersatz der Bereicherung auch das Zurückbehaltungsrecht ausüben.

2. Statt des Ersatzanspruchs kann der Nießbraucher, wenn das Verwendete in äußeren Zusammenhang mit der Sache gebracht ist, diese **Einrichtung wegnehmen,** auch wenn sie zu einem wesentlichen Bestandteil der Sache geworden, mithin in das Eigentum des Grundstückseigentümers übergegangen ist. Die Bestimmungen des § 258 wegen Wiederinstandsetzung und Sicherheitsleistung finden auch auf den Fall des § 1049 Anwendung. Das Recht der Wegnahme steht dem Nießbraucher auch gegen jeden späteren Eigentümer zu.

§ 1050

Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache, welche durch die ordnungsmäßige Ausübung des Nießbrauchs herbeigeführt werden, hat der Nießbraucher nicht zu vertreten[1]).

E I 1007 Abs 1 II 960; M 3 520; P 3 401.

1. Vgl. die **übereinstimmende Vorschrift des § 548.** Der Nießbraucher hat grundsätzlich nicht die Pflicht, die Sache in dem gleichen Zustande, in dem er sie erhalten hat, an den Eigentümer zurückzugeben (s. § 1055 A 2).

§ 1051

Wird durch das Verhalten des Nießbrauchers die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Eigentümers begründet, so kann der Eigentümer Sicherheitsleistung verlangen[1]) [2]).

E I 1005 II 961 Abs 1 Satz 1; M 3 518, 519; P 3 399; 6 389.

1. Das **Recht des Eigentümers auf Sicherheitsleistung** ist nicht dadurch bedingt, daß es bereits zu einer Verletzung seiner Rechte gekommen ist. Es genügt ein solches Verhalten des Nießbrauchers, daß mit Grund eine erhebliche Verletzung der Rechte des Eigentümers (vgl. namentlich §§ 1036 Abs 2, 1041) zu besorgen ist. Auch die Abveräußerung von Sachen kann, wennschon der Eigentümer die Sachen erst nach Beendigung des Nießbrauchs zurückfordern darf, zu dieser Besorgnis Anlaß geben. Eine Gefährdung des Eigentümers bezüglich einzelner untergeordneter Nießbrauchsgegenstände kann diese Folge nicht haben. Nicht unbedingt erforderlich ist, daß das Verhalten des Nießbrauchers, das positive Verhalten oder das Unterlassen der nötigen Fürsorge diesem, wie es z. B. wegen Fehlens der nötigen Einsicht oder wegen geistiger Störungen ausgeschlossen sein kann, als Verschulden anzurechnen ist (a. M. Turnau-Förster A 1; Starck in Gruch 62, 707 unter Hinweis darauf, daß die M 518 von einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhalten des Nießbrauchers sprechen). Regelmäßig wird allerdings die Gefahr einer erheblichen Rechtsverletzung nur im Falle des Verschuldens bestehen. Das Recht auf Sicherheitsleistung kann jeder Miteigentümer in Ansehung der ganzen Sache, nicht bloß in Höhe seines Anteils, geltend machen (vgl. § 1011). Er ist jedoch in diesem Falle darauf beschränkt, auf Sicherheitsleistung an sämtliche Miteigentümer oder auf Hinterlegung zu klagen (a. M. Planck A 3).

2. Die **Art der Sicherheitsleistung** bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 232—240. Die **Höhe** der zu leistenden Sicherheit richtet sich nach dem Umfange der Gefährdung. In dieser Beziehung dürfen die Grenzen nicht zu eng gezogen werden. Mögen auch die Handlungen des Nießbrauchers nur auf bestimmte Rechtsverletzungen gerichtet gewesen sein, so kann sich hieraus doch die Besorgnis weiterer Rechtsverletzungen auf verwandten Gebieten ergeben.

§ 1052

Ist der Nießbraucher zur Sicherheitsleistung rechtskräftig verurteilt, so kann der Eigentümer statt der Sicherheitsleistung verlangen, daß die Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers einem von dem Gerichte zu bestellenden Verwalter übertragen wird. Die Anordnung der Verwaltung ist nur zulässig, wenn dem Nießbraucher auf Antrag des Eigentümers von dem Gericht eine Frist zur Sicherheitsleistung bestimmt worden und die Frist verstrichen ist; sie ist unzulässig, wenn die Sicherheit vor dem Ablaufe der Frist geleistet wird[1]).

Der Verwalter steht unter der Aufsicht des Gerichts wie ein für die Zwangsverwaltung eines Grundstücks bestellter Verwalter. Verwalter kann auch der Eigentümer sein[2]).

Die Verwaltung ist aufzuheben, wenn die Sicherheit nachträglich geleistet wird[1]).

E I 1006 II 961 Abs 1 Satz 2, Abs 2, 3; M 3 519, 520; P 3 399, 400; 6 389, 390.

1. Kommt der Nießbraucher, der rechtskräftig zur Sicherheitsleistung verurteilt ist, innerhalb der im Urteil (§ 255 Abs 2 ZPO) oder durch besonderen Beschluß des Vollstreckungsgerichts bestimmten Frist dem Urteile nicht oder nicht vollständig nach, so kann der Eigentümer die **Verwaltung der Sache für Rechnung des Nießbrauchers** verlangen. Er erreicht auf diese Weise eine zweckentsprechende Sicherung in viel einfacherer und durchgreifenderer Weise als durch Erzwingung der Sicherheitsleistung. Die Verwaltung findet nur statt als Ersatz der Sicherheitsleistung und ist daher wieder aufzuheben, sobald nachträglich die Sicherheit von dem Nießbraucher geleistet wird.

2. Die **Anordnung der Verwaltung** erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung. Der Antrag ist deshalb — abgesehen von dem Falle des § 1054 — bei dem Vollstreckungsgericht zu stellen. Dieses hat die Ausübung des Nießbrauchs einem Verwalter zu übertragen, der den Nießbraucher in Wahrnehmung seiner Rechte und Erfüllung seiner Verbindlichkeiten vertritt und der sich in den Besitz der Sache zu setzen hat. Als Verwalter kann auch der Eigentümer bestellt werden. Die Verfügungsbeschränkung des Nießbrauchers tritt nicht erst mit der Inbesitznahme, sondern schon mit Zustellung der gerichtlichen Anordnung an den Nießbraucher ein. Die Eintragung der Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch ist unzulässig. Der Verwalter hat über die von ihm geführte Verwaltung Rechnung zu legen und den verbleibenden Überschuß dem Nießbraucher abzuliefern. Er steht nach Maßgabe der §§ 150, 153 ZVG unter der Aufsicht des Vollstreckungsgerichts, das die Abnahme der Rechnung durch den Nießbraucher herbeizuführen (vgl. § 154 ZVG), auch die dem Verwalter gebührende Vergütung festzusetzen hat. Der Nießbraucher ist nicht befugt, dem Verwalter Anweisungen über die Art der Verwaltung zu erteilen, sondern hat sich ebenso wie der Eigentümer mit etwaigen Anträgen an das Gericht zu wenden. Unterwirft sich der Nießbraucher freiwillig auf Grund besonderen Übereinkommens der Verwaltung, so findet eine Mitwirkung des Vollstreckungsgerichts nicht statt. Der Verwalter hat dann die Stellung eines Bevollmächtigten des Nießbrauchers (vgl. hierzu § 168 Satz 2). Die Eintragung in das Grundbuch ist auch in diesem Falle ausgeschlossen.

§ 1053

Macht der Nießbraucher einen Gebrauch von der Sache, zu dem er nicht befugt ist, und setzt er den Gebrauch ungeachtet einer Abmahnung des Eigentümers fort, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen[1]).

E I 1004 II 962; M 3 518; P 3 399.

1. Voraussetzung der **Klage auf Unterlassung unbefugten Gebrauchs** ist hier — ähnlich § 550 — daß der Nießbraucher trotz Abmahnung den seine Befugnisse überschreitenden Gebrauch schuldhaft fortgesetzt hat. Nicht nötig ist, daß der Nießbraucher ein Recht auf diese Art des Gebrauchs in Anspruch nimmt. Die Unterlassungsklage geht auf Beseitigung der fortdauernden Beeinträchtigung. Dadurch, daß die Beeinträchtigung später aufgehört hat, wird aber die Anstellung der Klage nicht ausgeschlossen, falls nicht etwa ein jedes Interesse des Eigentümers an Erhebung der Klage weggefallen ist. Wird die Sache unbefugt von dem Nießbraucher veräußert, so ist an sich für die Unterlassungsklage des § 1053 kein Raum. Es kann jedoch, wenn durch die unbefugte Verfügung eine Unsicherheit des Rechtszustandes herbeigeführt ist, Anlaß zur Anstellung der Feststellungsklage aus § 256 ZPO gegeben sein.

§ 1054

Verletzt der Nießbraucher die Rechte des Eigentümers in erheblichem Maße und setzt er das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Eigentümers fort, so kann der Eigentümer die Anordnung einer Verwaltung nach § 1052 verlangen[1]).

E I 1006 Abs 1 II 963; M 3 519; 520; P 3 399, 400.

1. Der Eigentümer kann die Anordnung der **Verwaltung nach § 1052** bei dem Vollstreckungsgericht beantragen auf Grund einer den Nießbraucher zur Duldung der Verwaltung verurteilenden vollstreckbaren Entscheidung. Voraussetzung hierfür ist, daß der Nießbraucher durch unbefugten Gebrauch oder in anderen Beziehungen die Rechte des Eigentümers verletzt hat und trotz Abmahnung das verletzende Verhalten fortgesetzt hat. Als eine solche Rechtsverletzung ist es auch anzusehen, wenn der Nießbraucher begonnen hat, unter Anmaßung des Eigentumsrechts die Nießbrauchsachen zu veräußern oder zu belasten. Die Rechtsverletzung muß in jedem Falle eine derartige sein, daß sie zu der einschneidenden Maßnahme der Verwaltung nicht außer Verhältnis steht. § 1054 verlangt deshalb, daß die Rechte des Eigentümers in erheblichem Maße verletzt sind. Schuldhaft braucht die Rechtsverletzung nicht zu sein. Die Verwaltung wird nicht dadurch beseitigt, daß der Nießbraucher zur Sicherheitsleistung bereit ist.

§ 1055

Der Nießbraucher ist verpflichtet, die Sache nach der Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer zurückzugeben[1])[2]).

Bei dem Nießbrauch an einem landwirtschaftlichen Grundstücke finden die Vorschriften der §§ 591[2]), 592[3]), bei dem Nießbrauch an einem Landgute finden die Vorschriften der §§ 591 bis 593 entsprechende Anwendung[4]).

E I 991, 1007, 1009 II 964; M 3 504 ff., 520 ff.; P 3 392, 401, 402.

1. Der § 1055 handelt — im Unterschiede von dem dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers nach § 985 — von der aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer sich ergebenden Pflicht der **Rückgewähr.** Die Sache ist zurückzugeben an denjenigen Eigentümer, welcher zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs das Eigentum hat. Ist die Sache während der Nießbrauchszeit veräußert worden, so tritt der Erwerber von der Zeit des Eigentumsübergangs an in alle Rechte und Pflichten aus dem zwischen dem Nießbraucher und Eigentümer gesetzlich bestehenden Schuldverhältnis ein und gehen die aus diesem Schuldverhältnisse für den Veräußerer begründeten Rechte, soweit sie auf die Rückgabe Bezug haben (unbeschadet der zum Schutz des gutgläubigen Schuldners bestimmten Vorschriften der §§ 406 ff.), auf ihn über. Die Rückgabepflicht erledigt sich, wenn der Nießbraucher von vornherein bei Bestellung des Nießbrauchs (ohne daß er hiervon Kenntnis hatte) Eigentümer war oder nachträglich das Eigentum erlangt hat, da nicht der Besteller als solcher, sondern der Eigentümer die Rückgabe fordern kann. Durch die (von § 1223 abweichende) Vorschrift des § 1055 Abs 1 wird an sich der persönliche Anspruch des Bestellers auf Rückgabe nicht ausgeschlossen. Hat der Nießbraucher von dem Nichteigentum des Bestellers keine Kenntnis, so greift § 1058 ein. Andernfalls kann der Besteller die Rückgabe nur verlangen, wenn die Rechte des Eigentümers hierdurch nicht gefährdet werden. Ergeben sich in dieser Beziehung Bedenken, so kann der Besteller mit dem Rückgabeanspruch nur durchdringen, wenn er dem Nießbraucher wegen der aus der Rückgabe zu besorgenden Nachteile Sicherheit leistet.

2. Was die **Beschaffenheit der zurückzugebenden Sache** betrifft, so gilt im allgemeinen der Grundsatz, daß die Sache in dem gleichen Zustande, in dem der Nießbraucher sie empfing — welchen Zustand der Eigentümer nachzuweisen hat —, zurückzugeben ist. Zufällige Verschlechterungen oder Verminderungen sowie eine durch ordnungsmäßigen Gebrauch herbeigeführte Abnutzung (§ 1050) hat indes der Nießbraucher nicht zu vertreten. Seine Pflicht ist es, nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft mit der Sache zu verfahren (§ 1036 Abs 2). Hieraus folgt — was für landwirtschaftliche Grundstücke durch Bezugnahme auf § 591 ausdrücklich ausgesprochen ist, was aber ebensowohl auch für andere Sachen gilt —, daß die Sache in dem Zustande zurückzugeben ist, der sich bei einer während der Nießbrauchszeit fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirtschaftung ergibt. Ist dieser Zustand nicht vorhanden, weil es der Nießbraucher schuldhaft an der ordnungsmäßigen Bewirtschaftung hat fehlen lassen, so ist er schadensersatzpflichtig. Befindet sich die Sache in einem besseren Zustande, so hat der Nießbraucher einen Anspruch auf Vergütung nur dann, wenn die Werterhöhung durch Verwendungen des Nießbrauchers (vgl. § 1049 A 1) — nicht durch seine persönliche Tätigkeit oder Verwendungen dritter Personen — herbeigeführt ist.

3. Eine **Vergütung der Fruchtgewinnungskosten für die noch ungetrennten Früchte**, die der Eigentümer bei Beendigung des Nießbrauchs an dem landwirtschaftlichen Grundstück erhält, kann der Nießbraucher nach näherer Bestimmung des § 592 nur beanspruchen, wenn der Nießbrauch im Laufe des Nießbrauchsjahrs endigt und infolgedessen die Früchte, die nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft vor Ablauf des Nießbrauchsjahrs zu trennen gewesen wären, ihm nicht mehr zukommen. Bei der Berechnung, ob die Kosten den Wert der Früchte nicht übersteigen, sind, soweit für die betreffenden Früchte der Wirtschaftsbetrieb ein einheitlicher ist, der Gesamtwert der Früchte und der Gesamtbetrag der Bestellungskosten miteinander zu vergleichen.

4. Für die **Rückgewähr eines Landguts** gilt außerdem die besondere Regel des § 593. Der Nießbraucher ist verpflichtet, von den vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnissen so viel zurückzulassen, daß damit die Wirtschaft bis zur nächsten Ernte fortgeführt werden kann. Da hierdurch der Nießbraucher eine Schmälerung seines Nutzungsrechts erleidet, so kann er den Wert der zurückzulassenden Erzeugnisse, soweit er infolge größerer Stückzahl oder besserer Beschaffenheit — nicht infolge Steigens der Preise — den Wert der bei Beginn des Nießbrauchs übernommenen Erzeugnisse übersteigt, ersetzt verlangen. Dies gilt indes nicht für den auf dem Gute gewonnenen Dünger, den der Nießbraucher ohne Entschädigung zurücklassen muß. Hat der Nießbraucher die aus § 593 sich ergebende Verpflichtung nicht erfüllt, so muß er Schadensersatz leisten, worauf indes die von dem Eigentümer ihm zu gewährende Vergütung in Anrechnung kommt.

§ 1056

Hat der Nießbraucher ein Grundstück über die Dauer des Nießbrauchs hinaus vermietet oder verpachtet, so finden nach der Beendigung des Nießbrauchs die für den Fall der Veräußerung geltenden Vorschriften der §§ 571, 572, des § 573 Satz 1 und der §§ 574 bis 576, 579 entsprechende Anwendung[1]).

Der Eigentümer ist berechtigt, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen. Verzichtet der Nießbraucher auf den Nießbrauch, so ist die Kündigung erst von der Zeit an zulässig, zu welcher der Nießbrauch ohne den Verzicht erlöschen würde[1]) [2]).

Der Mieter oder der Pächter ist berechtigt, den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber aufzufordern, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch mache. Die Kündigung kann nur bis zum Ablaufe der Frist erfolgen[3]).

E I 1008 II 965; M 3 521, 522; P 3 402 ff.

1. Der Nießbraucher kann das Nutzungsrecht auch in der Weise verwerten, daß er die Sache **vermietet oder verpachtet**. Das Recht des Mieters oder Pächters ist in solchem Falle, da ihm der Nießbrauch in dem durch den Vertrag begrenzten Umfange zur Ausübung überlassen ist, von dem des Nießbrauchers abhängig und hört demgemäß mit Beendigung des Nießbrauchs auf (vgl. § 1059 A 1). Dieser Grundsatz ist aber — was nach §§ 1423, 2135 entsprechend auch für das Nutznießungsrecht des Ehemanns und für das Nutzungsrecht des Vorerben gilt —, da bei solcher Rechtslage dem Nießbraucher die Vermietung oder Verpachtung von Grundstücken und die Vermietung von Räumen zu annehmbarem Preise sehr erschwert ist, im Interesse des Mieters oder Pächters, dem der Besitz bereits überlassen ist, nach zwei Richtungen hin durchbrochen. Es ist einmal bestimmt, daß der Verzicht des Nießbrauchers auf den Nießbrauch — dem eine das frühere Erlöschen des Nießbrauchs herbeiführende Vereinbarung zwischen Nießbraucher und Eigentümer gleichzustellen ist — keinen Einfluß auf die Beendigung des Miet- oder Pachtverhältnisses hat, sofern nicht etwa dem Mieter bei Begründung seines Rechtes die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Verzichtleistung auf den Nießbrauch bekannt war. Es sind ferner hinsichtlich der Fortdauer der Miete oder Pacht nach Beendigung des Nießbrauchs die §§ 571 ff. mit der Maßgabe für entsprechend anwendbar erklärt, daß dem Eigentümer die Kündigung mit gesetzlicher Kündigungsfrist gestattet ist. Der Eigentümer bleibt danach trotz Beendigung des Nießbrauchs schuldrechtlich verpflichtet, bis zum Ablaufe des Vertrags die aus dem Vertrage folgenden Verpflichtungen (unbeschadet der fortdauernden Haftung des Nießbrauchers, falls nicht das Vertragsverhältnis mit dem Eigentümer fortgesetzt wird) zu erfüllen (§§ 571, 572). Anderseits gebühren ihm als Entgelt hierfür, und zwar aus selbständigem, nicht vom Nießbraucher abgeleitetem Recht die nach dem Vertrage dem Vermieter zu gewährenden Leistungen. Es ist nur eine Ausnahmevorschrift, daß der Eigentümer die Verfügungen des Nießbrauchers

über den Mietzins für das zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs laufende und das folgende Mietsvierteljahr, sowie für die gleiche Zeit (wobei das laufende Vierteljahr nach der Zeit der Kenntnis des Mieters von der Beendigung des Nießbrauchs zu berechnen) die Vorauszahlung des Mietzinses und die Aufrechnung durch den Mieter (vgl. § 575) sich gefallen lassen muß (§§ 573 Satz 1, 574, 575). § 573 Satz 2 ist auf den Eigentümer nicht anwendbar. Seine etwaige Kenntnis von der Vorausverfügung des Nießbrauchers hat hier nicht die Bedeutung einer Einwilligung.

2. Ist der in A 1 bezeichnete Miet- oder Pachtvertrag mit **Beitritt des Eigentümers** geschlossen, so bleibt dieser an den Vertrag auch nach Beendigung des Nießbrauchs gebunden. Im Zweifel ist aber nicht anzunehmen, daß damit der Eigentümer die nach Abschluß des Vertrags von dem Nießbraucher getroffenen Vorausverfügungen über den Mietzins und die Aufrechnung durch den Mieter über die in §§ 573 Satz 1, 574, 575 (s. A 1) festgesetzten Grenzen hinaus gegen sich gelten lassen will. In gleicher Weise sind die Verpflichtungen des Eigentümers zu bestimmen, wenn er nachträglich durch Schuldübernahme die Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Mietvertrage übernommen hat.

3. Die nach A 1 ihm zustehende Kündigung mit gesetzlicher Kündigungsfrist braucht der Eigentümer nicht sogleich nach Beendigung des Nießbrauchs zu erklären. Er kann von dem Kündigungsrecht noch später Gebrauch machen. Da es hiernach ungewiß ist, wie lange das Miet- oder Pachtverhältnis noch fortbesteht, so kann der Mieter dem Eigentümer eine **angemessene Frist zur Ausübung des Kündigungsrechts setzen.** Die Frist ist so zu bemessen, daß dem Eigentümer Zeit bleibt, sich über die in Betracht kommenden Verhältnisse, die ihm die Ausübung des Kündigungsrechts rätlich erscheinen lassen, zu unterrichten. Die Kündigungserklärung muß in diesem Falle vor Ablauf der Frist dem Mieter zugehen, widrigenfalls das Kündigungsrecht dem Eigentümer verlorengegangen ist.

§ 1057

Die Ersatzansprüche des Eigentümers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache sowie die Ansprüche des Nießbrauchers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten. Die Vorschriften des § 558 Abs 2, 3 finden entsprechende Anwendung[1] [2].

E II 966; P 3 407.

1. Die **sechsmonatige Verjährung** dieser Nebenansprüche — worunter der Ersatzanspruch wegen Unmöglichkeit der Rückgabe der Sache nicht fällt (RG Warn 08 Nr 320) — beginnt für den Eigentümer mit dem Zeitpunkt, in dem der Nießbraucher das zur Rückgewähr der Sache Erforderliche getan hat, so daß es lediglich von dem Belieben des Eigentümers abhängt, den Besitz zu übernehmen. Sind die Voraussetzungen dieser kurzen Verjährung nicht gegeben, so verbleibt es bei der 30jährigen Verjährung, so jedoch, daß die Ersatzansprüche des Eigentümers zugleich mit dem Hauptanspruch auf Rückgabe der Sache verjähren (§ 558 Abs 3; ähnlich Planck A 3). Eine Unterbrechung der Verjährung des Hauptanspruchs hat zugleich die Unterbrechung der Verjährung des Nebenanspruchs zur Folge. Für den Nießbraucher, der sich im Besitz der Sache befindet oder doch befunden hat und deshalb über seine Verwendungsansprüche unterrichtet sein kann, beginnt die sechsmonatige Verjährung bereits mit Beendigung des Nießbrauchs.

2. Die Ansprüche des Nießbrauchers auf Ersatz von Verwendungen aus auftragsloser Geschäftsführung (§§ 677 ff.) und die Schadensersatzansprüche des Eigentümers wegen Beschädigung oder Veränderung der Nießbrauchsache (§§ 1036 ff.) können schon **vor Beendigung des Nießbrauchs** geltend gemacht werden. Die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche ist jedoch in der Zeit vor Beendigung des Nießbrauchs insofern beschränkt, als der Nießbraucher verlangen kann, daß der dem Eigentümer zufallende Schadensersatz zur Wiederherstellung der Sache zu verwenden ist (vgl. § 1065 A 2).

§ 1058

Im Verhältnisse zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer gilt zugunsten des Nießbrauchers der Besteller als Eigentümer, es sei denn, daß der Nießbraucher weiß, daß der Besteller nicht Eigentümer ist[1] [2].

E II 967; P 3 457, 492 ff.; 4 592, 596, 609.

1. Die Gutgläubigkeit des Nießbrauchers ist nicht bloß von Bedeutung für die Entstehung des dinglichen Nießbrauchsrechts (§§ 892, 1032, 930—936), sondern auch, sofern der

gute Glaube des Nießbrauchers zur Entstehung des Nießbrauchsrechts geführt hat, für das mit dem Nießbrauch verknüpfte Schuldverhältnis. Solange ihm das Nichteigentum des Nießbrauchsbestellers unbekannt ist, ist **der Nießbraucher** (die rechtswirksame Entstehung des Nießbrauchs vorausgesetzt) **berechtigt, den Besteller als Eigentümer anzusehen.** Er darf die Verpflichtungen aus dem Nießbrauchsverhältnis mit befreiender Wirkung durch Leistung an den Besteller erfüllen, insbesondere die Nießbrauchsache nach beendetem Nießbrauch an den Besteller zurückgeben. Die rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, die hinsichtlich des Nießbrauchs zwischen dem gutgläubigen Nießbraucher und dem Besteller getroffen sind, verbinden insofern auch den Eigentümer, als dieser die aus der Vereinbarung folgende Minderung seiner Eigentumsbefugnisse sich gefallen lassen muß. Dagegen hat die Vereinbarung nicht die Wirkung, daß der Eigentümer über die Pflicht zur Duldung hinaus zu Leistungen genötigt werden kann (zustimmend Planck A 16 — anders anscheinend die herrschende Meinung). Ähnlich verhält es sich mit einem zwischen dem Nießbraucher, der zur Zeit der Rechtshängigkeit gutgläubig gewesen ist, und dem Besteller geführten Rechtsstreit. Die Rechtshängigkeit des Streites und das ergangene Urteil ist mit der vorerwähnten Beschränkung auch gegen den Eigentümer wirksam. Die persönliche Haftung des Bestellers wird übrigens dadurch, daß der Eigentümer das Rechtsgeschäft oder die Prozeßführung gegen sich gelten lassen muß, nicht unbedingt beseitigt. Sie bleibt insoweit bestehen, als die Erfüllung der den Eigentümer treffenden Verpflichtungen von diesem nicht zu erlangen ist. Der Anspruch auf Ersatz von Verwendungen (§ 1049 A 1) ist dem Eigentümer gegenüber schon dann begründet, wenn das Eingreifen des Nießbrauchers zwar nicht dem Interesse und Willen des Eigentümers, wohl aber dem des Bestellers entsprochen hat. Dem Eigentümer verbleibt das Recht, wenn eine von dem Nießbraucher an den Besteller gemachte Leistung ihm gegenüber wirksam ist, gemäß § 816 von dem Besteller und, falls dieser die ihm zu machende Leistung erlassen hat, gemäß § 816 Abs 1 Satz 2 von dem Nießbraucher Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung zu fordern. Ausgeschlossen wird die Gutgläubigkeit nur durch die bestimmte Kenntnis des Nießbrauchers, daß der Besteller nicht der Eigentümer ist, nicht schon dadurch, daß die Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht, auch nicht dadurch, daß der Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Der § 1058 findet Anwendung auch in dem Falle, daß der Besteller der Eigentümer war, später aber die Sache einem anderen übereignet hat, ohne daß die Veräußerung dem Nießbraucher bekanntgeworden ist. Neben § 1058 bleibt die besondere Vorschrift des § 893 für den Nießbrauch an Grundstücken bestehen. — Ist der Nießbraucher nicht gutgläubig, so wird er durch Erfüllung der Vertragspflichten an den Besteller von den Verpflichtungen aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis zu dem Eigentümer nicht befreit.

2. Die Bestimmung des § 1058 ist nur zugunsten des Nießbrauchers gegeben, **nicht zugunsten des Eigentümers.** Eine andere Frage ist es, ob eine Vereinbarung zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller nicht dem Eigentümer zugute kommt. Dies ist zu bejahen, wenn die Vereinbarung in dem Sinne getroffen ist, daß das Rechtsverhältnis gegenüber dem Eigentümer hat geregelt werden sollen (vgl. § 328). Sind in der Vereinbarung Bestimmungen sowohl zugunsten als zu Lasten des Eigentümers enthalten, so kann dieser natürlich die Rechte nur in Anspruch nehmen, wenn er zugleich den Verpflichtungen sich unterwirft.

§ 1059

Der Nießbrauch ist nicht übertragbar. Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem anderen überlassen werden[1])[2]).

E I 1011—1013 II 968; M 3 535 ff.; P 3 407 ff.; 6 264.

1. Der Nießbrauch ist derart an die Person des Nießbrauchers gebunden, daß er nicht einem anderen übertragen werden kann. Ausgeschlossen ist damit auch die Übertragbarkeit des Rechtes auf Bestellung des Nießbrauchs. Nur die **Ausübung des Nießbrauchs** kann einem anderen überlassen werden, für welchen Vertrag eine besondere Form nicht vorgeschrieben ist. In diesem Recht kann der Nießbraucher auch nicht durch einen mit dem Eigentümer geschlossenen Vertrag dinglich beschränkt werden. Die Bestimmung des § 399 ist hier nicht anwendbar. Geht die Vereinbarung auf Übertragung des Nießbrauchs, so wird es regelmäßig der Willensmeinung der Parteien entsprechen, daß, wenn die Übertragung des Rechtes nicht zulässig ist, der Nießbrauch der Ausübung nach übertragen werden soll, so daß aus diesem Gesichtspunkte gemäß § 140 die Vereinbarung aufrechtzuerhalten ist (**RG** JW 1910, 801[8]). Die Überlassung der Ausübung, die allgemein oder mit Beschränkung auf einzelne Nutzungen, unentgeltlich oder entgeltlich, insbesondere miet- und pachtweise erfolgen kann, darf aber nicht so aufgefaßt werden, als wenn dem Ausübungsberechtigten lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf Gestattung der Ausübung gegen den Nießbraucher zustände. Er erscheint vielmehr, falls er nicht lediglich als Beauftragter des Nießbrauchers die Verwaltung zu führen hat (**RG** Warn 1918 Nr 421), als der zur Ausübung des Nutzungsrechts

unwiderruflich ermächtigte Vertreter des Nießbrauchers und ist demgemäß im Zweifel auch anzunehmen, daß die aus dem Nießbrauch entspringenden einzelnen Befugnisse, soweit deren Übertragbarkeit nicht beschränkt ist (Recht zur Ziehung der Nutzungen, zur Vermietung und Verpachtung, zur Geltendmachung der Rechte aus diesen Verträgen, zur Kündigung und Einziehung der Forderung usw.), dem Ausübungsberechtigten zu eigenem Recht übertragen sind (vgl. **RG** JW 1912, 870[29]; Gruch 56, 975; Recht 1916 Nr 683; vgl. auch v. Blume in JheringsJ 34, 281 ff., Wolff § 118 A 2). Durch die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs werden dem Ausübungsberechtigten die Rechte nur in der Weise übertragen, daß er auch die dem Nießbraucher obliegenden Pflichten, insbesondere die hinsichtlich der Verwendung der Nutzungen übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen hat. Die Überlassung darf, wennschon der Nießbrauch selbst auf den Ausübungsberechtigten nicht übergeht, in das Grundbuch eingetragen werden (bestr.; vgl. **RG** 74, 85, wo davon ausgegangen wird, daß eine der Pfändung des Grundstücksnießbrauchs entsprechende Verfügungsbeschränkung eintragbar ist, anderseits KGJ 48 A 212). Das Ausübungsrecht erlischt mit dem Erlöschen des Nießbrauchs. Es erlischt auch dadurch, daß der Nießbraucher auf sein Recht verzichtet (a. A. Eccius in Gruch 50, 505, desgl. Kretzschmar in LZ 1914, 991 für den Fall, daß die Überlassung der Ausübung in der für die Begründung des Nießbrauchsrechts erforderlichen Form erfolgt ist, vgl. auch für gemeines Recht **RG** 16, 110). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur zu machen zugunsten des Ausübungsberechtigten, dem als Mieter oder Pächter der Besitz des Nießbrauchsgrundstücks überlassen ist (§ 1056 Abs 2). Der Eigentümer kann aber, wenn durch rechtsverletzendes Verhalten des Ausübungsberechtigten in sein Eigentumsrecht eingegriffen wird, nicht bloß den Nießbraucher verantwortlich machen, der für dessen Verschulden nach § 278 haftbar ist, ohne daß er durch Vertrag mit dem Ausübungsberechtigten hiervon entbunden werden kann, sondern auch den Ausübungsberechtigten. Letzterer hat in bezug auf die Benutzung der Sache die gleichen Pflichten dem Eigentümer gegenüber zu erfüllen, wie sie dem Nießbraucher obliegen. Unter den Voraussetzungen des § 1053 kann der Eigentümer gegen ihn auf Unterlassung klagen. Sicherheitsleistung kann er dagegen gemäß § 1051 nur von dem Nießbraucher, nicht dem Ausübungsberechtigten verlangen. Gegen diesen kann er eine Sicherung nur im Wege der einstweiligen Verfügung sich verschaffen. Das dem Ausübungsberechtigten zustehende Recht ist vererblich und übertragbar.

2. Durch die Unübertragbarkeit des Nießbrauchs ist nach § 1274 Abs 2 auch die **Verpfändung** ausgeschlossen. Verpfändet kann nur werden das Recht zur Ausübung des Nießbrauchs. Ein weitergehendes Recht kann nach § 857 Abs 3 ZPO auch durch **Pfändung** nicht erlangt werden. Der Pfändungsgläubiger hat demgemäß die hinsichtlich der Verwendung der Nutzungen dem Nießbraucher obliegenden Verpflichtungen auch seinerseits zu erfüllen, so daß ihm nur der verbleibende Überschuß zugute kommt (**RG** 56, 390 f.). Die Zwangsvollstreckung kann nach § 857 Abs 4 ZPO in der Weise erfolgen, daß eine Verwaltung angeordnet wird. Zwangsvollstreckung ist auch in die einzelnen dem Nießbraucher zustehenden Nutzungen nach Maßgabe der Vorschriften der Zwangsvollstreckung in bewegliches Vermögen zulässig. Das von dem Pfändungsgläubiger erworbene Pfandrecht kann durch Verzicht des Nießbrauchers auf den Nießbrauch nicht beseitigt werden. Über Pfändung des Nießbrauchs an einer Hypothek vgl. § 1069 A 2.

§ 1060

Trifft ein Nießbrauch mit einem anderen Nießbrauch oder mit einem sonstigen Nutzungsrecht an der Sache dergestalt zusammen, daß die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang, so findet die Vorschrift des § 1024 Anwendung[1]).

E I 976 II 969; M 3 486, 487, 499; P 3 387.

1. Der zeitlich früher entstandene Nießbrauch hat den **Vorrang** vor den später entstandenen dinglichen Nutzungsrechten (Nießbrauch, persönliche Dienstbarkeit, Grunddienstbarkeit, Erbbaurecht). Ist der Rang mehrerer dinglichen Nutzungsrechte, der sich bei Nutzungsrechten an Grundstücken durch die Zeit der Eintragung im Grundbuch bestimmt (§§ 873, 879), der gleiche, so muß bei Widerstreit der Rechte jeder Beteiligte gemäß § 1024 sich eine **verhältnismäßige Einschränkung** seiner Befugnisse inhaltlich oder zeitlich gefallen lassen. Er kann verlangen, daß hierüber eine allgemeine Regelung stattfindet und kann demgemäß gegen die übrigen Beteiligten auf Erteilung der Zustimmung zu der von ihm vorgeschlagenen Regelung klagen. Wird zu gleichen Rechten eine Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) und ein zur Tilgung dieser Hypothek bestimmter Nießbrauch eingetragen, so ist bei einem Widerstreit dieser Rechte der Hypothek der Vorzug zuzuerkennen. Der Teilabtretungsempfänger der Hypothek ist

berechtigt, die Zwangsverwaltung des Grundstücks zu beantragen, obschon durch die Zwangsverwaltung die Ausübung des dem Abtretenden verbleibenden Nießbrauchs gehindert wird (Kretzschmar in SächsArch 1913, 411).

§ 1061

Der Nießbrauch erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers[1]). Steht der Nießbrauch einer juristischen Person zu, so erlischt er mit dieser[2])[3]).

E I 1014 II 970; M 3 530 531; P 3 410 ff.

1. Der **Nießbrauch erlischt** nach der zwingenden Vorschrift des § 1061 **mit dem Tode des Nießbrauchers** und ist somit unvererblich. Der Eigentümer kann allerdings die schuldrechtliche Verpflichtung eingehen, den Erben des Nießbrauchers einen neuen Nießbrauch zu bestellen. Die Todeserklärung begründet nach § 18 nur die Vermutung des Todes. Sie hat daher das Erlöschen des Nießbrauchs nicht zur Folge, wenn der Nachweis der Unrichtigkeit der Todeserklärung geführt wird.

2. Steht der Nießbrauch einer **juristischen Person** zu, so dauert er bis zum Erlöschen der juristischen Person fort. Man hat eine solche Regelung, obwohl durch sie die dauernde Trennung des Nutzungsrechts von dem Eigentum herbeigeführt wird, für zulässig gehalten, weil der Nießbrauch einer juristischen Person nur ausnahmsweise unter besonders gearteten Verhältnissen vorkommen wird. Die juristische Person erlischt mit der Auflösung oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit. Doch bleibt die Rechtsfähigkeit der juristischen Person, wenn eine Liquidation stattfindet (§ 47), in beschränkter Weise, soweit es für die Zwecke der Liquidation erforderlich, bestehen, und darf hieraus gefolgert werden, daß auch der Nießbrauch erst mit Beendigung der Liquidation untergeht (bestr.). Keine Anwendung findet § 1061 auf den in § 24 des PrVolksschulunterhG v. 28. 7. 06 geregelten Fall, daß an Stelle einer aufgehobenen Schulsozietät der Schulverband tritt, da es sich nur um eine Änderung der Verwaltungseinrichtung handelt, durch welche der mit der Schule verbundene Nießbrauch nicht verlorengeht (**RG** Gruch 56, 1161). — Bei Gesellschaften mit bloß formeller Rechtsfähigkeit (wie namentlich der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, vgl. § 54 A 1 a. E.) sind es in Wirklichkeit die Mitglieder, denen der Nießbrauch zusteht. Der Nießbrauch endigt daher in Ermanglung einer anderen Festsetzung nicht schon mit der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft, sondern erst mit dem Tode der bei der Auflösung vorhandenen Mitglieder (bestr. — die Entscheidung **RG** 16, 1 beweist nicht das Gegenteil). Ist einem nichtrechtsfähigen Verein ein Nießbrauch zugewendet, so sind zwar auch hier die Mitglieder als Berechtigte anzuerkennen. Die Zuwendung wird aber in diesem Falle regelmäßig in dem Sinne erfolgt sein, daß den Mitgliedern der Nießbrauch nur in ihrer Eigenschaft als Vereinsmitgliedern und nur so lange zukommen soll, als der Verein die satzungsmäßigen Zwecke betätigt. Das Erlöschen des Nießbrauchs wird demgemäß nicht bloß bei Auflösung des Vereins, sondern auch dann anzunehmen sein, wenn der Verein wesentlich andere Zwecke verfolgt.

3. Die **Beendigung des Nießbrauchs** wird außerdem gemäß der getroffenen Vereinbarung durch Eintritt des Endtermins, der auflösenden Bedingung oder durch Kündigung herbeigeführt. Ist der Nießbrauch zur Tilgung einer Schuld bestellt, so hat der Eigentümer, sobald die Schuld aus den Einkünften getilgt ist oder getilgt sein konnte, ein Recht, die Aufhebung des Nießbrauchs zu verlangen. Vereinbart kann werden, daß mit der Tilgung der Schuld der Nießbrauch ohne weiteres erlischt. Dieser Vereinbarung kann bei einem Nießbrauch am Grundstück durch Eintragung in das Grundbuch dingliche Wirkung beigelegt werden. Das Erlöschen des Nießbrauchs wird ferner durch den Untergang der Sache, nicht schon durch eine Umgestaltung der Sache herbeigeführt. Über die Beendigung des Nießbrauchs durch Vereinigung mit dem Eigentum s. § 1063, über Aufhebung des Nießbrauchs s. §§ 1062 u. 1064.

§ 1062

Wird der Nießbrauch an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft aufgehoben, so erstreckt sich die Aufhebung im Zweifel auf den Nießbrauch an dem Zubehöre[1]).

E II 971; P 3 412.

1. Geradeso wie die Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück auch die Zubehörstücke ergreift (§ 1031 A 3), ebenso hat die **Aufhebung des Nießbrauchs an einem Grundstück** (vgl. hierüber § 1064 A 2) zugleich die Beendigung des Nießbrauchs an den Zubehörstücken zur Folge. Es bedarf nicht der für Aufhebung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen in § 1064 vorgeschriebenen Form. Vorausgesetzt ist, daß der Wille des Nießbrauchers darauf

gerichtet ist, den Nießbrauch auch an den Zubehörstücken aufzuheben, welcher Wille im Zweifel als vorhanden anzunehmen ist. — Unter Aufhebung im Sinne des Art 189 EG, der hierfür die fortdauernde Geltung des bisherigen Rechtes bestimmt, ist übrigens nicht nur die rechtsgeschäftliche, sondern auch die gesetzliche Aufhebung zu verstehen (**RG** Warn 1916 Nr 19).

§ 1063

Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache erlischt, wenn er mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft.

Der Nießbrauch gilt als nicht erloschen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauchs hat[1])[2]).

E I 1016 Abs 1 II 972; M 3 531; P 3 412; 6 390.

1. Der Nießbrauch an einem Grundstück erlischt grundsätzlich nicht durch **Vereinigung mit dem Eigentum** am Grundstück (§ 889). Vereinigt sich dagegen der Nießbrauch und das Eigentum an einer beweglichen Sache — was wegen der Unvererblichkeit und Unübertragbarkeit des Nießbrauchs nur in der Weise vorkommen kann, daß der Nießbraucher das Eigentum erwirbt —, so geht der Nießbrauch als besonderes Recht unter, falls nicht der Eigentümer hierdurch einen Nachteil erleiden würde und deshalb an dem Fortbestehen des Nießbrauchs ein rechtliches Interesse hat. Dies ist der Fall, wenn die bewegliche Sache noch mit einem weiteren im Range gleich- oder nachstehenden Nießbrauch belastet ist. Besteht an der Sache ein weiterer im Range vorgehender Nießbrauch, so hat der Eigentümer an der Erhaltung seines eigenen Nießbrauchsrechts kein Interesse. Anders ist es, wenn der fremde Nießbrauch im Range gleichsteht, da dann nach § 1060 eine verhältnismäßige Beschränkung der beiden Nutzungsrechte eintritt oder wenn der fremde Nießbrauch im Range nachsteht, da die Verwirklichung dieses Nießbrauchs durch den im Range vorgehenden Nießbrauch des Eigentümers gehindert wird. Ist die Sache außer dem Nießbrauch mit einem Pfandrecht belastet, so ist ebenso der Eigentümer an dem Fortbestehen des Nießbrauchs interessiert, wenn das Pfandrecht dem Nießbrauch nachsteht oder doch gleichsteht (vgl. über letzteren Fall auch § 1060 A 1). Denn der Pfandgläubiger kann die Versteigerung der Sache nur in der Weise bewirken, daß der dem Pfandrecht im Range vorgehende Nießbrauch bestehenbleibt (§ 1242 Abs 2 Satz 2). Hat der Nießbrauch gleichen Rang, so erlischt er zwar, wenn die Sache auf Antrag des Pfandgläubigers zur Versteigerung gebracht ist. Der gleiche Rang bleibt aber insofern von Bedeutung, als an Stelle der Sache gemäß § 1247 Satz 2 die Haftung des Erlöses tritt. — Ist das der Nießbrauchsbestellung zugrunde liegende Rechtsgeschäft ungültig, so kann der Eigentümer die Aufhebung des Nießbrauchs verlangen. Die in diesem Falle eintretende Vereinigung zwischen Eigentum und Nießbrauch bewirkt unbedingt das Erlöschen des Nießbrauchs.

2. Die Vorschrift des § 1063 findet nach § 1072 auch bei dem Nießbrauch an **Rechten** Anwendung.

§ 1064

Zur Aufhebung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer oder dem Besteller, daß er den Nießbrauch aufgebe[1])[2]).

E I 1016 Abs 2 II 973; M 3 531, 532; P 3 412, 457; 4 592, 593, 595, 596, 608, 609.

1. Zur **Aufhebung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache** ist nicht die Rückgabe der Sache, auch nicht wie zur Aufgabe des Eigentums (§ 959) die Besitzaufgabe erforderlich. Es genügt die einseitige Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer, daß er den Nießbrauch aufgebe, um die Rechte des Nießbrauchs zu beendigen und den Nießbraucher von späteren Verpflichtungen zu befreien. Die Erklärung kann mit Wirkung gegen den Eigentümer auch gegenüber dem Besteller abgegeben werden, wenngleich der Nießbraucher weiß, daß jener nicht der Eigentümer ist. Besteht auch das durch den Nießbrauch begründete Schuldverhältnis nur zwischen dem Eigentümer und Nießbraucher, so ist es doch dem Nießbraucher gestattet, bei Aufgabe des Nießbrauchs sich an denjenigen zu wenden, von welchem er den Nießbrauch erhalten hat. Auf die Rückgabe der Sache, die eine stillschweigende Aufgabeerklärung enthalten kann, ist dieser Rechtssatz nicht auszudehnen. Die Rückgabe kann, soweit die Bestimmung des § 1058 nicht eingreift, wirksam nur an den Eigentümer erfolgen.

2. Zur **Aufhebung des Nießbrauchs an einem Grundstück** ist nach § 875 die Aufgabeerklärung gegenüber dem Beteiligten („zu dessen Gunsten sie erfolgt", vgl. § 1071 A 2) oder dem Grundbuchamt und die Löschung im Grundbuch erforderlich.

§ 1065

Wird das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Nießbrauchers die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung[1] [2]).

E I 1017 II 974; M 3 532, 533; P 3 412, 413.

1. Dem Nießbraucher steht bei Vorenthaltung der Nießbrauchsache gegen den Besitzer der **Anspruch auf Herausgabe** nach §§ 985 ff. und bei sonstiger Beeinträchtigung gegen den Störer der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung nach § 1004 zu. Ist die Nießbrauchsache auf das Grundstück eines Dritten gelangt, ohne daß dieser die Sache in Besitz genommen hat, so hat der Nießbraucher nach §§ 1005, 867 den Anspruch auf Duldung der Aufsuchung und Wegnahme. Der Nießbraucher ist außerdem dadurch geschützt, daß ihm als Besitzer der Besitzschutz (§§ 861, 862) zustatten kommt und daß er die Klage aus dem besseren Recht zum Besitz hat (§§ 1006, 1007). Die Vermutung des § 1006 Abs 2 kommt auch dem Nießbraucher zugute. Was den Herausgabeanspruch betrifft, so kann der Nießbraucher diesen Anspruch selbständig neben dem Eigentümer geltend machen. Der Eigentümer darf den Klageantrag nur dahin richten, daß der Besitz dem Nießbraucher eingeräumt wird (vgl. § 986 A 3). Auf Herausgabe der Nutzungen, die für die Vergangenheit dem Nießbraucher zugekommen sein würden, oder Ersatz ihres Wertes hat natürlich nur der Nießbraucher Anspruch. Der Nießbraucher kann auch die Ansprüche wegen der von dem beklagten Besitzer im Übermaß gezogenen Früchte geltend machen, da er ihren Wert erst nach Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer zu erstatten hat (§ 1039). Der Klage des Nießbrauchers gegenüber hat der Besitzer (abgesehen davon, daß der Nießbraucher eine sein dingliches Recht schmälernde Verfügung des Eigentümers nicht anzuerkennen braucht, daß also die Einreden aus einer solchen Verfügung dem Nießbraucher nicht entgegenstehen) die gleichen Einreden, die ihm gegen die Klage des Eigentümers gegeben sind. Ersatz von Verwendungen gemäß § 994 Abs 2 aus Geschäftsführung ohne Auftrag kann der Besitzer von dem Nießbraucher nur fordern, wenn die Übernahme der Geschäftsbesorgung dem Interesse und Willen des Nießbrauchers entspricht (§§ 683 u. 679).

2. Besteht die Beeinträchtigung des Nießbrauchs in einer **unerlaubten Handlung**, so kann der Nießbraucher Schadensersatz nach §§ 823, 826 beanspruchen. Zur Klage auf Schadensersatz wegen Zerstörung oder verschuldeter Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache ist der Nießbraucher insoweit, als er durch den Schaden betroffen ist, im übrigen der Eigentümer befugt (M 3, 509). Der Eigentümer kann nicht den vollen Schadensersatz einklagen und ebensowenig kann der Nießbraucher, der einen selbständigen Entschädigungsanspruch hat, verlangen, daß ihm an der dem Eigentümer zufallenden Entschädigungssumme der Nießbrauch eingeräumt werde (a. M. Fuchs A 1; vgl. § 1030 A 2, anderseits § 1077 A 1). Auf Schadensersatz wegen Verschlechterung der Sache kann auch der Nießbraucher klagen. Er ist jedoch, soweit er das Geld nicht zur Wiederherstellung der Sache verwendet, verpflichtet, den Betrag nach Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer zu erstatten und ihm hierfür Sicherheit zu leisten (vgl. § 1067). Hat der Eigentümer den Schadensersatz erhalten, so hat er ihn auf Verlangen des Nießbrauchers zur Wiederherstellung der Sache zu verwenden (vgl. §§ 1039 u. 1046). Schadensersatz wegen Entziehung der Nutzungen (die auch durch Verletzung eines Urheberrechts oder gewerblichen Schutzrechts herbeigeführt sein kann) hat der Nießbraucher selbständig zu beanspruchen, desgleichen Schadensersatz wegen Verzugs.

§ 1066

Besteht ein Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers, so übt der Nießbraucher die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben[1]).

Die Aufhebung der Gemeinschaft kann nur von dem Miteigentümer und dem Nießbraucher gemeinschaftlich verlangt werden[2]).

Wird die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt dem Nießbraucher der Nießbrauch an den Gegenständen, welche an die Stelle des Anteils treten[3]).

E I 985 II 975; M 3 497 ff; P 3 387; 4 597, 598.

1. Der **Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers** ist Sachnießbrauch, nicht Rechtsnießbrauch, was für die Bestellung des Nießbrauchs, für die Pfändung usw. von Wichtigkeit ist. Der Nießbraucher kann, da die Sache nicht ganz, sondern nur hinsichtlich des Anteils

des Miteigentümers seinem Nießbrauch unterliegt, das Benutzungsrecht und das damit verbundene Recht der Einwirkung auf die Nießbrauchsache nur innerhalb der Grenzen ausüben, die dem mit dem Nießbrauch belasteten Miteigentümer durch das Gemeinschaftsverhältnis gezogen sind. Er ist deshalb an die vor Bestellung des Nießbrauchs über die Benutzung und Verwaltung von den Miteigentümern mit Stimmenmehrheit gefaßten Beschlüsse (§ 746) gebunden, auch wenn er hiervon bei Entstehung seines Rechtes keine Kenntnis gehabt hat. Die Rechte des Miteigentümers hinsichtlich der Verwaltung werden von dem Nießbraucher wahrgenommen. Dieser hat demgemäß bei der Beschlußfassung aus § 745 an Stelle des Miteigentümers mitzuwirken und kann, solange ein solcher Beschluß noch nicht gefaßt ist, die Zustimmung der übrigen Miteigentümer zu der von ihm vorgeschlagenen angemessenen Regelung verlangen. Handelt es sich um eine Umgestaltung oder wesentliche Veränderung der gemeinschaftlichen Sache (vgl. §§ 1037 u. 745 Abs 3) oder um eine sonstige die Grenzen des Nutzungsrechts überschreitende Maßnahme, so bedarf der Nießbraucher, der hierin willigen will, der Zustimmung des Miteigentümers (abweichend Wolff § 119 I, welcher einen ohne Mitwirkung dieses Miteigentümers gefaßten Beschluß für die Nießbrauchszeit gelten lassen will). Die Kosten einer gemeinschaftlichen Benutzung und Verwaltung fallen als Kosten des Betriebs (§ 1047 A 1) dem Nießbraucher anteilig zur Last (anders anscheinend Planck A 1a). — Besteht der Nießbrauch an einem nicht durch das Miteigentum gebildeten Bruchteil an einer Sache, so übt der Nießbraucher die gleichen Rechte aus, als wenn hinsichtlich dieses Bruchteils ein Miteigentum bestände.

2. Der Miteigentümer, dessen Anteil mit dem Nießbrauchsrecht belastet ist, kann durch seine Verfügungen das Recht des Nießbrauchers nicht schmälern, er kann dies auch nicht dadurch, daß er durch Stellung des Antrags auf **Aufhebung der Gemeinschaft** eine Umwandlung des Gegenstandes des Nießbrauchs herbeiführt. Zur Stellung dieses Antrags ist daher der Miteigentümer nur in Gemeinschaft mit dem Nießbraucher befugt und ebenso kann der von anderer Seite ausgehende Antrag nur gegen den Miteigentümer und den Nießbraucher gemeinschaftlich gerichtet werden. In dem Teilungsverfahren ist der Nießbraucher als Partei mit zuzuziehen. Ohne seine Zustimmung kann hinsichtlich der Teilung eine rechtswirksame Verfügung von dem Miteigentümer nicht getroffen werden. Sowohl der Miteigentümer als der Nießbraucher kann die Zustimmung des anderen Teiles zu dem Antrag auf Aufhebung der Gemeinschaft und zu der Teilung verlangen, wenn diese Maßnahme den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht.

3. Auf die bei der **Auseinandersetzung** dem Miteigentümer zugeteilten Gegenstände geht der Nießbrauch nicht ohne weiteres über (a. M. Fuchs A 4). Der Nießbraucher ist aber dadurch gesichert, daß ohne seine Zuziehung die zugeteilten Gegenstände dem Miteigentümer nicht übereignet werden können (vgl. § 1089 A 1 a. E.).

§ 1067

Sind verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauchs, so wird der Nießbraucher Eigentümer der Sachen[1]); nach der Beendigung des Nießbrauchs hat er dem Besteller den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten[2]). Sowohl der Besteller als der Nießbraucher kann den Wert auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen[2]).

Der Besteller kann Sicherheitsleistung verlangen, wenn der Anspruch auf Ersatz des Wertes gefährdet ist[3]).

E I 1018—1020 II 976; M 3 533 ff.; P 3 413.

1. Bei **verbrauchbaren beweglichen Sachen,** deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder der Veräußerung besteht (§ 92 Abs 1), ist dem Nießbraucher, damit er diesen Gebrauch machen kann, das Eigentum mit der Verpflichtung zur Werterstattung bei Beendigung des Nießbrauchs eingeräumt. Den Parteien ist es gestattet, durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung eine andere Regelung zu treffen. Dies kann in der Weise geschehen, daß der Nießbraucher (ähnlich wie beim ehemännlichen und elterlichen Nutznießungsrecht nach §§ 1376 Nr 1 u. 1653) nicht das Eigentum, sondern nur das Verfügungsrecht erlangt. Eine solche Regelung wird trotz der Vorschrift des § 1067 bei dem Nießbrauch an einem zum Umsatz bestimmten Warenlager meist dem Parteiwillen entsprechen (vgl. Kohler in JheringsJ 24, 221 ff. und ArchZivPrax 107, 258 ff., Jakusiel, Nutzungsrechte am Handelsgeschäft S. 49 ff.). Der Nießbraucher ist zur ordnungsmäßigen Verfügung, ohne durch die Vorschriften der §§ 1036 Abs 2, 1037 beschränkt zu sein, berechtigt, wie auch dem Nießbrauchbesteller gegenüber verpflichtet (hinsichtlich des Nießbrauchs am Erwerbsgeschäft s. § 1085 A 2). Das Verfügungsrecht bildet zusammen mit dem Nießbrauch ein einheitliches Recht,

das auch gegenüber der Konkursmasse des Eigentümers wirksam bleibt. Die Verfügungsbefugnis des Eigentümers wird durch den Verfügungsnießbrauch — abweichend von der Verfügungsnutznießung des Ehemannes, §§ 1395 ff. — nicht beschränkt. Das Eigentum der Nießbrauchsache verbleibt dem bisherigen Eigentümer so lange, bis der Nießbraucher auf Grund seines Verfügungsrechts die Sache veräußert oder verbraucht hat (vgl. § 700 Abs 1 Satz 2). Die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Sicherheitsleistung bestimmt sich in diesem Falle nach § 1067 Abs 2. — Wird ein Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen ersessen, so tritt die Rechtswirkung des § 1067 Abs 1 ein, ohne daß der Wille des Ersitzenden gerade auf Erlangung des Eigentums gerichtet zu sein braucht (bestr.).

2. Abgesehen von der besonderen Regelung hinsichtlich des Eigentumsübergangs bleiben für den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen, namentlich hinsichtlich der Erlöschungsgründe, die allgemeinen Grundsätze maßgebend. Die **Verpflichtung zum Ersatz des Wertes** nach Beendigung des Nießbrauchs ist jedoch, da der Nießbraucher selbst Eigentümer geworden ist, nicht dem Eigentümer, sondern **dem Besteller gegenüber zu erfüllen.** Auch im übrigen besteht das durch diesen Nießbrauch begründete Schuldverhältnis nur zwischen dem Nießbraucher und dem Nießbrauchbesteller, nicht zwischen dem Nießbraucher und dem zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs vorhanden gewesenen Eigentümer. Letzterer ist, wenn infolge Gutgläubigkeit des Nießbrauchers rechtswirksam ein Nießbrauch entstanden ist (§ 1032 A 1), somit das Eigentum an den verbrauchten Sachen auf den Nießbraucher übergegangen ist, darauf beschränkt, Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung gemäß § 816 Abs 1 Satz 1 von dem Nießbrauchbesteller als dem verfügenden Nichtberechtigten und gemäß § 816 Abs 1 Satz 2 von dem Nießbraucher, der den Nießbrauch unentgeltlich erworben hat, zu verlangen. — Für den nach Beendigung des Nießbrauchs zu leistenden Wertersatz ist maßgebend der Wert, den die Sache zur Zeit des Übergangs des Eigentums auf den Nießbraucher gehabt hat. Bei dem durch Ersitzung erworbenen Nießbrauch wird es, da der Erwerb erst mit Vollendung der Ersitzung eintritt, auf den Wert zu dieser Zeit (unbeschadet einer aus anderen Gründen sich ergebenden Schadensersatzpflicht), nicht zur Zeit des Beginns der Ersitzung ankommen (abw. frühere Auflage). Vollzieht sich der Eigentumsübergang erst mit dem Verbrauch oder der Veräußerung der Sache (vgl. A 1), so ist dieser Zeitpunkt entscheidend. Bei der Wichtigkeit der Feststellung des Wertes für die Rückgabepflicht ist die Bestimmung des § 1034 dahin erweitert, daß bei dem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen sowohl der Nießbraucher als der Besteller auf Feststellung des Wertes durch Sachverständige antragen kann (vgl. § 1034 A 1).

3. Als Ersatz für die in der Fortdauer des Eigentums liegende Sicherheit, die durch den Eigentumsübergang auf den Nießbraucher verlorengeht, ist dem Besteller — nicht dem bisherigen Eigentümer (vgl. A 2) — das Recht eingeräumt, bei Gefährdung des Anspruchs auf späteren Ersatz des Wertes **Sicherheitsleistung** zu fordern. Die Gefährdung braucht jedoch nicht in dem Maße vorhanden zu sein, daß sie zur Begründung eines Arrestantrags ausreichen würde. Es genügt, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse des Nießbrauchers keinerlei Sicherheit für die Erfüllung der Verpflichtung zum Wertersatz bieten. Bis zur Leistung der Sicherheit kann, wenn ein Anspruch hierauf begründet ist, die Bestellung des Nießbrauchs zurückgehalten werden (§ 273).

II. Nießbrauch an Rechten

§ 1068

Gegenstand des Nießbrauchs kann auch ein Recht sein[1]).

Auf den Nießbrauch an Rechten finden die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1069 bis 1084 ein anderes ergibt[2])[3]).

E I 1021 II 977; M 3 538 ff; P 3 413.

1. **Gegenstand des Nießbrauchs** kann **jedes Recht** sein, **das geeignet ist, unmittelbar oder mittelbar Nutzungen zu gewähren.** Auch das Recht auf Erwerb einer Sache, mag es auch an eine (von dem Nießbraucher auszulegende) Gegenleistung geknüpft sein, ist hierzu insofern geeignet, als es die Möglichkeit gewährt, von der in Ausübung dieses Rechtes zum Nießbrauch erworbenen Sache (vgl. § 1075 A 1) Nutzungen zu ziehen. Von diesem Standpunkte aus wird die Zulässigkeit des Nießbrauchs an einem Vorkaufsrecht, sofern dasselbe übertragbar ist, nicht grundsätzlich verneint werden können (anders die herrschende Meinung). Über das weitere Erfordernis der Abtretbarkeit des Rechtes s. § 1069 A 2. Dem Nießbrauch unterliegen nicht bloß Forderungen, die gegen eine bestimmte Person gehen, sondern

auch Anteilsrechte (vgl. indes A 3) und gegen jeden Dritten wirksame Untersagungsrechte (absolute Rechte), wie Urheberrecht, Patentrecht usw. Der Nießbrauch an dem Miteigentum einer Sache ist nach § 1066 entsprechend dem Nießbrauch am Eigentumsrecht als Sachnießbrauch, nicht als Rechtsnießbrauch zu behandeln, ebenso der Nießbrauch an einem Erbbaurecht (§ 1017) und den nach Landesrecht den Grundstücken gleichstehenden Berechtigungen. Auch der Nießbrauch an dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache stellt sich nicht als Rechtsnießbrauch, sondern als Sachnießbrauch dar.

2. Kraft der **dinglichen Natur des Nießbrauchs** ist das Recht dem Nießbrauch unmittelbar mit der Wirkung unterworfen, daß eine jede weitere den Nießbrauch beeinträchtigende Berechtigung ausgeschlossen ist. Der dingliche Nießbrauch an einem Recht unterscheidet sich hiernach wesentlich von dem schuldrechtlichen Anspruch auf Einräumung des Nießbrauchs an dem Recht. Abweichungen von den Vorschriften über den Sachnießbrauch ergeben sich hauptsächlich daraus, daß die Bestimmungen über Abtretung eines Rechtes auf die Gestaltung des Nießbrauchs einwirken (vgl. §§ 1069, 1070) und daß der Nießbraucher, um die Nutzungen des Rechtes zu ziehen, in erhöhtem Maße eines Verfügungsrechts bedarf (vgl. §§ 1074, 1077—1079, 1082 u. 1083). Die dem Nießbraucher gebührenden Zinsen gehen mit der Bestellung des Nießbrauchs oder der späteren Entstehung der Zinsenforderung auf ihn über (vgl. § 1039 A 3), das Recht auf den Gewinnanteil entsteht durch den die Verteilung festsetzenden Beschluß der Generalversammlung. Gewährt das mit dem Nießbrauch belastete dingliche Recht (Bergwerkseigentum, Erbpacht) die Befugnis zur Gewinnung natürlicher Früchte, so erwirbt der Nießbraucher das Eigentum an den Früchten mit der Trennung. Bei dem Nießbrauch an einem Pachtrecht vollzieht sich der Eigentumserwerb, da der Nießbraucher in dieser Beziehung nicht günstiger stehen kann wie der Pächter, gemäß § 956, wenn der Besitz der Sache dem Nießbraucher überlassen ist, in dem Zeitpunkte der Trennung, sonst mit der Besitzergreifung (vgl. auch § 1039 A 3). Die Pflicht zur Zahlung der als Gegenleistung für die Nutzung fortlaufend zu entrichtenden Pacht wird nach dem Vertragswillen regelmäßig dem Nießbraucher obliegen. Der Nießbrauch an einem Recht erstreckt sich auch auf die Schadensersatzforderung, die dem Gläubiger gegen den Schuldner aus Nichterfüllung seiner Verpflichtungen erwächst. Der Besitz der Schuldurkunde gebührt dem Nießbraucher. Werden Aktien mit Gewinnanteilschein von dem Eigentümer verkauft, so kann der dem Verkauf zustimmende Nießbraucher (neben den etwaigen Stückzinsen) den nach Schätzung der Börse in dem Kurswert mitenthaltenen Gewinnanteil für das laufende Jahr beanspruchen (**RG** JW 1913, 193[1]). Wegen des Besitzes an Inhaberpapieren s. § 1081 A 2.

3. Über den praktisch sehr wichtigen **Nießbrauch an Aktien** sind weder im BGB noch im HGB besondere Bestimmungen getroffen. Unter entsprechender Anwendung des § 1066 wird anzunehmen sein, daß der Nießbraucher im Interesse seines Nutzungsrechts die Rechte des Aktionärs hinsichtlich der Verwaltung wahrzunehmen und deshalb insoweit Anspruch auf Ausübung des Stimmrechts hat. Anderseits kann der Eigentümer, wenn es sich um grundlegende Änderungen handelt, die wesentlich sein Interesse berühren, verlangen, daß der Nießbraucher die Stimme nach seinen Weisungen abgibt oder daß ihm selbst die Ausübung des Stimmrechts überlassen wird. Entstehen Zweifel über die hiernach hinsichtlich des Stimmrechts zu ziehenden Grenzen, so wird nicht anders verfahren werden können, als daß der Nießbraucher nur mit Zustimmung des Eigentümers, desgleichen der Eigentümer nur mit Zustimmung des Nießbrauchers zur Ausübung des Stimmrechts zuzulassen ist (bestr., vgl. Hacker in HoldheimsMSchr 15, 184ff.; Jacobi, Wertpapiere nach bürgerlichem Recht S. 356ff. und ZHR 60, 294; a. A. namentlich Staub-Könige § 252 A 6, welcher den Eigentümer, weil das Stimmrecht keine Nutzung darstelle, zur Stimmabgabe für berechtigt hält — das **RG** erkennt in JW 1916, 409[11] bei einer G. m. b. H. das Stimmrecht des Nießbrauchers an). Die Anfechtung von gesetz- oder satzungswidrigen Generalversammlungsbeschlüssen ist nicht bloß dem Nießbraucher, sondern, soweit die Interessen des Eigentümers hierdurch berührt werden, auch diesem zu gestatten. Das mit der Aktie verbundene Bezugsrecht auf Übernahme neuer Aktien steht dem Eigentümer zu. Will dieser hiervon keinen Gebrauch machen, so muß er dem Nießbraucher die Ausübung des Bezugsrechts für eigene Rechnung überlassen. Wird an Stelle einer Erhöhung des zu verteilenden Gewinns den Anteilseignern eine Kapitalerhöhung in Form einer Gratisaktie gewährt, so kann der Nießbraucher verlangen, daß sein Nießbrauch auch hierauf erstreckt wird (vgl. LZ 1914, 368). Die Zahlung des Aktienkapitals, auch des bei der Auseinandersetzung auf die Aktie entfallenden Anteils (a. M. in letzterer Hinsicht Hacker a. a. O. S. 188), kann nur an den Eigentümer und Nießbraucher gemeinschaftlich erfolgen (vgl. § 1077). Über die für die Inhaberaktie geltenden Besonderheiten s. §§ 1081ff. Abgesehen von Aktiengesellschaften und den ihnen in verschiedener Hinsicht verwandten G. m. b. H. kann der Nießbrauch als dingliches Recht an einem Gesellschaftsanteil nach § 717 (s. aber auch § 719 A 2) der Regel nach nicht bestellt werden.

§ 1069

Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Rechte erfolgt nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften[1]).

An einem Rechte, das nicht übertragbar ist, kann ein Nießbrauch nicht bestellt werden[2]).

E I 1022, 1023 Satz 1 II 978; M 3 540, 541; P 3 413 ff.

1. Durch **Bestellung des Nießbrauchs an einem Recht** werden die Befugnisse des Gläubigers teilweise, nämlich in dem zur Ausübung des Nutzungsrechts erforderlichen Umfange, auf den Nießbraucher übertragen. Dem entspricht es, daß für die Bestellung des Nießbrauchs die gleichen Vorschriften wie für die Übertragung des Rechtes gelten. Es genügt danach, soweit nicht besondere Vorschriften bestehen, nach §§ 398, 413 zur Bestellung des Nießbrauchs der Abschluß eines formlosen Vertrags. Bei einem Orderpapier oder Wechsel bedarf es nach § 365 HGB, Artt 9ff. WO des Indossaments (Nießbrauchsindossaments) oder der Abtretung unter Aushändigung dieser Urkunden, bei einem Recht am Grundstück nach § 873 außer der Einigung der Parteien der Eintragung im Grundbuch, bei einer Briefhypothek (Grundschuld, Rentenschuld) nach §§ 1154, 1192, 1199 der schriftlichen Bestellungserklärung (die durch Eintragung in das Grundbuch ersetzt werden kann) und der Übergabe des Hypothekenbriefs (Grundschuldbriefs). Die Übergabe kann durch Übertragung des Besitzes von Hand zu Hand oder durch Besitzübereinkunft (§ 930) erfolgen und kann durch eine dem § 1117 Abs 2 entsprechende Vereinbarung wegen Aushändigung durch das Grundbuchamt ersetzt werden. Der bloße Vorbehalt des Nießbrauchs an der im übrigen abgetretenen Hypothek genügt nicht zur Übertragung des mittelbaren Besitzes am Hypothekenbrief auf den Abtretungsempfänger. Die Einigung muß darauf gerichtet sein, daß der Abtretende den Brief nur noch als Nießbraucher im Besitz behält, was jedoch aus den Umständen entnommen werden kann (RG 27. 10. 19 IV 252/19). Ist vereinbarungsgemäß die Hypothek von vornherein als eine mit dem Nießbrauch belastete eingetragen, so ist zur Entstehung des Nießbrauchs nur erforderlich, daß der dem Gläubiger erteilte Hypothekenbrief von diesem gemäß §§ 1154, 1117 dem Nießbraucher übergeben wird (RG 10. 2. 12 V 394/11, teilw. in Warn 1912 Nr 260). Eine auf § 1081 beruhende Ausnahme ist es, daß zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Inhaberpapier oder einem mit Blankoindossament versehenen Orderpapier nicht wie zur Übertragung der Forderung die Übergabe der Urkunde zu Alleinbesitz (vgl. § 365 HGB, Art 11 WO), sondern nur die Einräumung des Mitbesitzes erfordert wird. Für den Nießbrauch an Staatsschuldbuchforderungen ist durch Art 97 EG die Geltung der landesgesetzlichen Vorschriften vorbehalten. Nach dem Ges. v. 31. 5. 10 § 11 erlangt der Nießbrauch an Reichsschuldbuchforderungen dem Reiche gegenüber nur durch Eintragung im Reichsschuldbuch Wirksamkeit.

2. Aus der grundsätzlichen Auffassung, daß die Bestellung des Nießbrauchs eine teilweise Übertragung der Gläubigerrechte enthält, ergibt sich weiter, daß der **Nießbrauch** an einem Recht nur dann und nur **insoweit zulässig** ist, **als dieses Recht übertragbar** ist. Wegen Beschränkungen der Übertragbarkeit s. §§ 399, 400, 514, 613 Abs 2, 664 Abs 2, 717, 847, 1092, 1098, 1103 Abs 1, 1300, 1408, 1427 Abs 2 Satz 3, 1585 Abs 1 Satz 2, 1623, 1658, wegen der Unzulässigkeit des Nießbrauchs an einem Patronatsrecht vgl. Richter-Dove, Kirchenrecht § 189 A 17. An einer Grunddienstbarkeit und einer mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Reallast (§ 1105 Abs 2) kann, da diese Rechte von dem Eigentum am Grundstück nicht abtrennbar sind, ein vom Nießbrauch am Grundstück getrennter Nießbrauch nicht bestellt werden. Kann nicht das Recht selbst, wohl aber die Ausübung übertragen werden, so ist zwar nicht die Bestellung eines dinglich wirkenden Nießbrauchs, wohl aber die Bestellung eines ähnlichen Nutzungsrechts zulässig, das nicht bloß schuldrechtliche Wirkung hat und dessen Bestehen von dem Fortbestande des nur der Ausübung nach übertragbaren Rechtes abhängig ist. Nur mit dieser beschränkten Wirkung ist die Bestellung des Nießbrauchs an einem Nießbrauch (vgl. § 1059) möglich. Über die Rechtsstellung des Ausübungsberechtigten s. § 1059 A 1. Das in dem Anspruch auf künftige Zinsen bestehende Zinsgenußrecht kann (ebenso wie die bereits fällig gewordenen Zinsbeträge) von der Hauptforderung getrennt werden (RG 74, 78). Die Pfändung eines solchen Zinsgenußrechts und die Bestellung eines auf den Bezug der Zinsen beschränkten Nießbrauchsrechts (Einziehung des Kapitals nur mit Zustimmung des Nießbrauchers zulässig, §§ 1077ff.) ist daher zulässig. Wird der Nießbrauch an einer Briefhypothek gepfändet, so bedarf es auch von dem Standpunkt aus, daß wegen der Unübertragbarkeit des Nießbrauchs nur die Ausübung gepfändet werden kann, daß deshalb an sich zur Pfändung nach § 857 Abs 2 ZPO nur die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Hypothekengläubiger und den Nießbraucher nötig sein würde, zur vollen Wirksamkeit der Verfügungsbeschränkung, namentlich zum Schutz gegen Löschung des Nießbrauchs noch der Eintragung in das Grundbuch und es kann zu diesem Zweck der pfändende Gläubiger die Herausgabe des Hypothekenbriefs fordern (RG 74, 85). Über die Unzulässigkeit des Nießbrauchs an einem Gesellschaftsanteil s. § 1068 A 3.

§ 1070

Ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, Gegenstand des Nießbrauchs, so finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Verpflichteten die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche im Falle der Übertragung des Rechtes für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten[1]).

Wird die Ausübung des Nießbrauchs nach § 1052 einem Verwalter übertragen, so ist die Übertragung dem Verpflichteten gegenüber erst wirksam, wenn er von der getroffenen Anordnung Kenntnis erlangt oder wenn ihm eine Mitteilung von der Anordnung zugestellt wird. Das gleiche gilt von der Aufhebung der Verwaltung[2]).

E I 1023 Satz 1 II 979; M 3 540, 541; P 3 414, 415; 5 126.

1. In Einklang mit dem Grundsatz, daß die Bestellung des Nießbrauchs eine teilweise Übertragung der Gläubigerrechte enthält (vgl. § 1069 A 1 u. 2), steht es ferner, daß auf das **Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und Verpflichteten** die für die Abtretung geltenden Vorschriften der §§ 404—411 zur entsprechenden Anwendung kommen. Die Rechtslage des Schuldners soll durch die Bestellung des Nießbrauchers ebensowenig eine Verschlechterung erfahren wie durch die Übertragung des Rechtes. Er kann deshalb dem Nießbraucher alle Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Nießbrauchsbestellung gegen den Gläubiger begründet waren, und es haben, solange er von dem Nießbrauch keine Kenntnis hat, die von ihm mit dem Gläubiger eingegangenen Rechtsgeschäfte oder dem Gläubiger gegenüber vorgenommenen Rechtshandlungen geradeso Wirksamkeit, als ob dieser durch den Nießbrauch nicht beschränkt wäre. Der Schuldner darf von dem Nießbraucher einen Berechtigungsausweis verlangen (§ 410) und darf sich auf die von dem Gläubiger über die Bestellung des Nießbrauchs ihm gemachte Anzeige unbedingt verlassen. Diese Vorschriften gelten für alle Rechte auf Leistung oder Unterlassung, bei denen dem Gläubiger ein bestimmter Schuldner gegenübersteht, im Gegensatz zu den gegen jeden Dritten wirksamen Untersagungsrechten (vgl. § 1068 A 1). Keine Anwendung finden die Bestimmungen der §§ 406—408 (über die Zulässigkeit der Aufrechnung und der Vornahme von Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäften mit dem bisherigen Gläubiger) auf Hypotheken oder Grundschulden soweit es sich nicht um Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen oder um Kosten handelt (§§ 1156, 1159, 1192). Auch auf Reallasten und Rentenschulden sind diese Bestimmungen nur anwendbar hinsichtlich der zu entrichtenden einzelnen Leistungen (§§ 1107, 1200). Die gegenüber dem Orderpapier und Inhaberpapier eintretende Beschränkung der Einwendungen (§ 364 HGB, § 796 BGB) kommt auch dem durch Indossament oder durch Besitz des Inhaberpapiers legitimierten Nießbraucher zugute.

2. Ist die **Ausübung des Nießbrauchs** auf Grund des § 1052 **einem Verwalter übertragen,** so steht dieser, da er kraft der Zwangsvollstreckungsgewalt ein selbständiges Recht zur Ausübung des Nießbrauchs erhält, in gewisser Hinsicht einem Nießbraucher gleich. Die Übertragung der Verwaltung wird daher, falls der Beschluß dem Schuldner nicht zugestellt ist, diesem gegenüber nach §§ 406, 407 erst wirksam, wenn er von der Anordnung der Verwaltung **Kenntnis erlangt** hat, und bleibt so lange wirksam, bis er von der Aufhebung der Verwaltung Kenntnis hat. Ist der Beschluß dem Schuldner prozeßordnungsgemäß zugestellt, so kommt es darauf, ob der Beschluß wirklich zur Kenntnis des Schuldners gekommen ist, nicht an. Er kann sich, sobald die Zustellung einmal erfolgt ist, auf guten Glauben nicht mehr berufen (RG 87, 417; vgl. dagegen Simon in JW 1914, 727f.).

§ 1071

Ein dem Nießbrauch unterliegendes Recht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Nießbrauchers aufgehoben werden[1]). Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt[2]); sie ist unwiderruflich[3]). Die Vorschrift des § 876 Satz 3 bleibt unberührt[2]).

Das gleiche gilt im Falle einer Änderung des Rechtes, sofern sie den Nießbrauch beeinträchtigt[1]).

E I 1024 II 980; M 3 541; P 3 415, 416; 6 245.

1. In der Dinglichkeit des Nießbrauchs ist es begründet, daß ohne Zustimmung des Nießbrauchers sein Recht durch Verfügungen des Gläubigers nicht geschmälert werden kann. Eine Übertragung oder Belastung des Rechtes, an dem der Nießbrauch besteht, ist zwar zulässig,

läßt aber das Recht des Nießbrauchers unberührt. Desgleichen ist die **Aufhebung des Rechtes** ohne Zustimmung des Nießbrauchers diesem gegenüber ohne Wirkung. Aus der Ausdrucksweise in Satz 1 könnte zwar geschlossen werden, daß die mangelnde Zustimmung des Nießbrauchers das Fortbestehen des mit dem Nießbrauch belasteten Rechtes zur Folge habe. Dies kann jedoch nur angenommen werden für das Verhältnis zum Nießbraucher (a. A. Planck A 1). Die Rechte und Pflichten aus dem Nießbrauch dauern trotz Ausscheidens der Person des Gläubigers zwischen Nießbraucher und Schuldner in derselben Weise fort, als wenn das Recht des Gläubigers nicht untergegangen wäre. Nicht ausgeschlossen wird durch § 1071 das Recht des Schuldners, seine Verbindlichkeit durch Aufrechnung zur Tilgung zu bringen. Auf die Zulässigkeit der Aufrechnung wirkt das Bestehen des Nießbrauchs nur insofern ein, als der Schuldner nicht eine Gegenforderung zur Aufrechnung verwenden kann, die er erst nach Erlangung der Kenntnis von der Nießbrauchsbestellung erworben hat oder die erst später als die mit dem Nießbrauch belastete Forderung fällig geworden ist (vgl. § 406). Ebenso wie die Aufhebung ist auch eine jede dem Nießbraucher nachteilige Änderung des Rechtes, die ohne seine Zustimmung vorgenommen ist, ihm gegenüber ohne Wirkung. Über das Recht zur Einziehung der Forderung s. § 1074 A 1.

2. Die **Zustimmung** des Nießbrauchers zur Aufhebung kann nicht bloß gegenüber dem Gläubiger, sondern auch gegenüber dem Schuldner oder dem sonstigen Beteiligten (wie gegenüber dem nachfolgenden Gläubiger), der durch die Aufhebung einen Vorteil hat, erklärt werden. Darin, daß die Aufhebung einer dieser Personen erklärt wird, liegt zugleich, daß die Erklärung zu ihren Gunsten erfolgt. Es erübrigt sich damit eine Untersuchung, ob der Erklärende auch wirklich den Vorteil desjenigen im Auge hat, welchem gegenüber die Erklärung abgegeben wird. Bei einem in das Grundbuch eingetragenen Recht kann die Zustimmung nach § 876 Satz 3 auch dem Grundbuchamt gegenüber erklärt werden.

3. Die **Unwiderruflichkeit** der Zustimmung ist auch sonst auf dem Gebiete des Sachenrechts die Regel (vgl. §§ 876 Satz 3, 880 Abs 2 Satz 3, 1255 Abs 2 Satz 2).

§ 1072

Die Beendigung des Nießbrauchs tritt nach den Vorschriften der §§ 1063[1]), 1064[2]) auch dann ein, wenn das dem Nießbrauch unterliegende Recht nicht ein Recht an einer beweglichen Sache ist.

E I 1025 II 981; M 3 541, 542; P 3 416.

1. Vgl. § 1063 A 1. Der Nießbrauch an einem Recht **erlischt** mit der in § 1063 Abs 2 bezeichneten Ausnahme **infolge Vereinigung des Nießbrauchs mit dem Gläubigerrecht.** Dies gilt auch für das im Grundbuch eingetragene Recht. Dadurch, daß der Schuldner zugleich den Nießbrauch erlangt, tritt das Erlöschen des Nießbrauchs nicht ein. Der Nießbraucher-Schuldner ist, wennschon er als Einziehungsberechtigter an sich selbst leisten kann, doch dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, daß dieser das Eigentum an der Sache oder das Recht, auf dessen Erwerb die Forderung des Gläubigers geht, in einer äußerlich zutage tretenden Weise (Biermann § 1075 A 3; etwas anders Planck § 1075 A 5) erwirbt. (Besitzübergabe durch Erklärung an den Gläubiger, die Sache für ihn als Nießbraucher zu besitzen, Eintragung des Grundstücks auf den Namen des Gläubigers, Abtretungsanzeige.) Eine solche Verpflichtung besteht an sich nicht, wenn der zu leistende Gegenstand eine verbrauchbare Sache ist, da hier der Nießbraucher selbst der Eigentümer wird (§ 1075 Abs 2). Doch muß der Nießbraucher, weil nach der Zeit der Leistung der nach § 1067 zu ersetzende Wert sich bestimmt, dem Gläubiger Anzeige machen, und er kann sich auf die Einziehung nicht etwa berufen, wenn er zu der angegebenen Zeit überhaupt nicht im Besitz der verbrauchbaren Sache war.

2. Nach der für anwendbar erklärten Vorschrift des § 1064 ist zur **Aufhebung des Nießbrauchs** an einem Recht die einseitige Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Gläubiger oder Besteller erforderlich, daß er den Nießbrauch aufgebe, und zwar auch in dem Falle, daß das Recht im Grundbuch eingetragen ist. Die Aufhebung des Nießbrauchs hat hier zur Folge, daß nunmehr die Löschung im Grundbuch im Wege des Berichtigungsverfahrens (§ 894) verlangt werden kann.

§ 1073

Dem Nießbraucher einer Leibrente, eines Auszugs oder eines ähnlichen Rechtes gebühren die einzelnen Leistungen, die auf Grund des Rechtes gefordert werden können[1])[2]).

E I 1027 II 982; M 3 542 ff.; P 3 417, 418.

1. Zu den dem Nießbraucher gebührenden Früchten gehören nach § 99 Abs 2 alle Erträge, die das Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt, ohne Rücksicht darauf, ob durch den Bezug dieser Erträge das Recht selbst erschöpft wird. Dieser Grundsatz findet, wie in § 1073 besonders ausgesprochen ist, auch Anwendung auf **wiederkehrende Leistungen,** die der Gläubiger, sei es auf Grund eines dinglichen Rechtes oder eines Schuldverhältnisses, auf Lebenszeit zu beziehen hat (Leibrente, Auszug), aber auch auf ähnliche Rechte. Die Begrenzung des Leibrentenbegriffs in RG 67, 207ff. ist deshalb für die Anwendung des § 1073 ohne Bedeutung. Unter § 1073 fallen auch solche wiederkehrende Leistungen, die nicht auf Lebenszeit, sondern für einen kürzeren Zeitraum (für die Dauer der Anstellung, der Verheiratung usw.) zu entrichten sind oder deren Entrichtung von sonstigen besonderen Voraussetzungen in der Person des Berechtigten oder Verpflichteten abhängig ist. Die wiederkehrenden Leistungen stehen dem Nießbraucher als Selbstgläubiger zu. § 1073 ist nur dann nicht anwendbar, wenn ein Nießbrauch an einzelnen Hebungen in dem Sinne bestellt wird, daß jede Hebung ein besonderes für sich bestehendes Kapital darstellen soll, an dem deshalb dem Nießbraucher nur die Zinsen gebühren. In solchem Falle greifen die Bestimmungen der §§ 1074, 1075 Platz.

2. Auf die von dem Schuldner außer den Zinsen zu entrichtenden, zur allmählichen Tilgung des Kapitals bestimmten **Zuschläge** erstreckt sich das Recht des Nießbrauchers nicht. Anders ist es hinsichtlich einer **Rente,** die durch Zahlung eines bestimmten Kapitals erkauft ist. Ist auch die Rente so bemessen, daß durch sie nicht bloß die Zinsen des Kapitals, sondern das Kapital selbst abgegolten wird, so ist doch die Rente eine einheitliche Leistung, bei der zwischen den zur Deckung der Zinsen und den zur Rückzahlung des Kapitals bestimmten Beträgen nicht unterschieden werden kann. Keinen Anspruch hat der Nießbraucher auf den bei Rückzahlung des Kapitals zur Zahlung kommenden Zuschlag zum Kapital (vgl. § 1076 A 1 a. E.), auch nicht auf die Gewinne (Prämien), die auf die einzulösenden Schuldverschreibungen (Prämienpapiere) nach Maßgabe der Verlosung oder einer anderen auf Zufall gestellten Ermittlungsart verteilt werden. Ein solcher Gewinn stellt sich nicht als eine Nutzung, sondern als ein Zuwachs zum Kapital dar (§ 1083 Abs 2). Wird die Prämie als eine Vergütung für Herabsetzung des Zinsfußes gewährt, so fällt sie dem Nießbraucher zu (Prot 3, 429).

§ 1074

Der Nießbraucher einer Forderung ist zur Einziehung der Forderung und, wenn die Fälligkeit von einer Kündigung des Gläubigers abhängt, zur Kündigung berechtigt[1]). Er hat für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen[2]). Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist er nicht berechtigt[3]).

E I 1028 II 983; M 3 544 ff.; P 3 418 u. 422.

1. Besteht der Nießbrauch an einer nicht auf Zinsen ausstehenden Forderung (vgl. § 1076 A 1), so ist der Nießbraucher, um sie nutzbar zu machen, darauf angewiesen, die **Forderung einzuziehen.** Dieses Recht steht ihm kraft des Nießbrauchs als eigenes Recht zu, zu dessen Ausübung er der Mitwirkung des Gläubigers nicht bedarf. Das Recht der Einziehung gibt dem Nießbraucher die Befugnis, die zur Einziehung erforderlichen Handlungen, Mahnung, Kündigung, Klage und sonstige prozessuale Handlungen, auch Zwangsvollstreckungshandlungen, vorzunehmen. Über die Befugnis zur Annahme der geschuldeten Leistung s. § 1075 A 1. In dem Einziehungsrecht ist auch die Befugnis inbegriffen, bei einer Wahlschuld (Alternativobligation) an Stelle des Gläubigers die von dem Schuldner zu bewirkende Leistung auszuwählen, und zwar auch dann, wenn für die mehreren Leistungen die dem Gläubiger obliegende Gegenleistung verschieden bestimmt ist (a. M. für letzteren Fall Planck A 1c). Aus dem Einziehungsrecht des Nießbrauchers folgt, daß die Kündigung des Schuldners (sobald dieser von der Bestellung des Nießbrauchs Kenntnis erhalten hat, § 407) oder die bei einer Wahlschuld von ihm getroffene Wahl wirksam nur dem Nießbraucher, nicht dem Gläubiger, erklärt werden kann (bestr.). Nicht aber ist, da das Einziehungsrecht den Nießbraucher nicht zum Gläubiger macht, anzunehmen, daß die Aufrechnung des Schuldners mit einer ihm gegen den Nießbraucher zustehenden Gegenforderung zulässig ist (bestr.). Über die Aufrechnung des Nießbrauchers s. A 3. Durch das Einziehungsrecht des Nießbrauchers wird übrigens das Recht des Gläubigers, auf Leistung an den Nießbraucher zu klagen, nicht unbedingt ausgeschlossen (vgl. Prot 3, 422). Die zwischen dem Nießbraucher und dem Schuldner ergehende Entscheidung macht keine Rechtskraft gegenüber dem Gläubiger der Forderung (RG 83, 120). — Die Vorschriften der §§ 1074—1079 greifen auch dann Platz, wenn an Stelle des Nießbrauchs an einer Sache infolge der mit Zustimmung des Nießbrauchers vorgenommenen Veräußerung der Sache der Nießbrauch an einer Forderung getreten ist. Auf das Nutznießungsrecht finden die Vorschriften der §§ 1074ff. keine Anwendung.

2. Der Nießbraucher ist **zur Einziehung** nicht bloß berechtigt, sondern auch **verpflichtet.** Er macht sich dem Gläubiger gegenüber ersatzpflichtig, wenn er schuldhaft die rechtzeitige Einziehung unterläßt und der Gläubiger hierdurch infolge Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners, infolge Verjährung oder einer ungünstigen Veränderung der Prozeßlage (Verlust von Beweismitteln) einen Nachteil erleidet. Ein Verschulden ist schon darin zu finden, daß der Nießbraucher nicht innerhalb angemessener Zeit für die Einziehung sorgt. Auch durch die Art und Weise, wie er bei der Einziehung verfährt, kann der Nießbraucher sich dem Gläubiger verantwortlich machen.

3. Nur die Einziehung ist dem Nießbraucher gestattet, **nicht eine andere Verfügung über die Forderung.** Er ist insbesondere nicht berechtigt, die Forderung, um sie auf diese Weise zu Gelde zu machen, einem anderen abzutreten. Auch zu einem Erlaß oder einem Vergleich ist er nicht berechtigt, falls nicht nachweisbar die Verhältnisse so liegen, daß auch bei Durchführung der Zwangsvollstreckung nicht mehr zu erreichen gewesen wäre, daß also der Teilerlaß oder Vergleich nur dazu gedient hat, dasjenige, was überhaupt zu erlangen war, ohne Weiterungen von dem Schuldner zu erhalten. Durch eine Stundung überschreitet der Nießbraucher — unbeschadet seiner Verantwortlichkeit bei schuldhaftem Verhalten (A 2) — seine Befugnisse nicht, wenn die Stundung sich nicht über die Zeit des Nießbrauchs hinaus erstreckt. Nicht verwehrt ist es dem Nießbraucher, mit der Forderung gegen eine dem Schuldner gegen ihn zustehende Gegenforderung aufzurechnen, worin nur eine besondere Art der Einziehung zu erblicken ist (a. M. Planck A 3; Staudinger A 1c). Die Erteilung der Zustimmung zu einem im Konkursverfahren abzuschließenden Zwangsvergleich bleibt dem Gläubiger überlassen, der jedoch diese Zustimmung nur mit Einwilligung des Nießbrauchers erklären kann. Hat der Nießbraucher unzulässigerweise die Forderung einem anderen verkauft, so kann der Gläubiger sich auf den Standpunkt stellen, daß er vorbehaltlich seiner Schadensersatzansprüche gegen den Nießbraucher den Verkauf genehmigt.

§ 1075

Mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher erwirbt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Gegenstande[1]).

Werden verbrauchbare Sachen geleistet, so erwirbt der Nießbraucher das Eigentum; die Vorschriften des § 1067 finden entsprechende Anwendung[2]).

E I 1029 II 984; M 3 545 ff.; P 3 418 ff.

1. In dem Einziehungsrecht des Nießbrauchers (vgl. § 1074) ist es begründet, daß er ohne Mitwirkung des Gläubigers zur Annahme der geschuldeten Leistung befugt ist. Der Schuldner wird durch die **Leistung an den Nießbraucher** geradeso befreit, als wenn die Leistung an ihn und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgt wäre. Auch im übrigen wird durch die Leistung an den Nießbraucher die gleiche Rechtslage hergestellt, als wenn zugleich an den Gläubiger geleistet wäre. Geht die Forderung auf Übereignung einer beweglichen Sache, so wird durch Übergabe der Sache an den Nießbraucher dem Gläubiger das Eigentum erworben. Geht die Forderung auf Verschaffung eines Rechtes, so wird durch Leistung an den Nießbraucher dem Gläubiger das Recht erworben. Ist zum Erwerb des Rechtes die Eintragung in das Grundbuch nötig, so ist der Nießbraucher befugt, die zur Eintragung erforderlichen Rechtshandlungen für den Gläubiger vorzunehmen. Der Nießbraucher ist demgemäß, wenn es sich um Übereignung eines Grundstücks handelt, befugt, die Auflassung für den Gläubiger entgegenzunehmen und dessen Eigentumseintragung zu beantragen. Dem Grundbuchamt muß natürlich der Nießbraucher, damit er zu diesen Erklärungen für den Eigentümer zugelassen werden kann, den grundbuchordnungsgemäßen Nachweis seines Nießbrauchs führen. Kann er dies nicht, so ist er berechtigt, die Mitwirkung des Gläubigers zu verlangen. Der Nießbraucher handelt hierbei nicht in Vertretung des Gläubigers, sondern kraft eigenen Rechtes. Das Vorhandensein des guten Glaubens bestimmt sich daher nach seiner Person. Doch kommt dies dem Gläubiger, der seinerseits schlechtgläubig ist, nicht zustatten, sofern der Nießbraucher nach bestimmten Weisungen des Gläubigers zu verfahren hatte. Durch die Leistung an den Nießbraucher wird aber auch die Sache ihm zu Nießbrauch erworben, ohne daß ihm von dem Gläubiger hieran der Nießbrauch bestellt zu werden braucht, und zwar tritt dieser Erwerb (ähnlich wie im Falle des § 1287 und des § 848 Abs 2 ZPO) kraft Gesetzes ein. Es bedarf nicht der sonst zur Bestellung des Nießbrauchs vorgeschriebenen Form (a. M. Dernburg III § 193 II 2b). Durch die Entstehung des Nießbrauchs wird das Grundbuch unrichtig und es kann deshalb gemäß § 894 der Nießbraucher die Zustimmung des als Eigentümer eingetragenen Gläubigers zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Er kann auch kraft seines Nießbrauchsrechts, dessen Bestehen er dem Grundbuchamt nachzuweisen hat,

die Eintragung des Nießbrauchs selbst beantragen. — Durch die Leistung an den Gläubiger wird der Schuldner nur diesem gegenüber, nicht gegenüber dem Nießbraucher befreit.

2. Die Vorschrift des Abs 2 war nötig, um die Übereinstimmung mit § 1067 herzustellen, da sonst nach der Regel des Abs 1 der Gläubiger das Eigentum erwerben würde. Wie bei einem Nießbrauch an **verbrauchbaren Sachen** das (mit der Verpflichtung zur Erstattung des Wertes nach Beendigung des Nießbrauchs belastete) Eigentum auf den Nießbraucher übergeht, so erwirbt er in gleicher Weise das Eigentum, wenn der Forderungsnießbrauch in einen derartigen Sachnießbrauch sich verwandelt, mag nun die Forderung von vornherein auf Leistung verbrauchter Sachen gegangen sein oder erst nachträglich, weil Schadensersatz zu leisten ist, oder aus anderen Gründen diesen Inhalt angenommen haben.

§ 1076

Ist eine auf Zinsen ausstehende Forderung Gegenstand des Nießbrauchs, so gelten die Vorschriften der §§ 1077 bis 1079[1]).

E I 1033 II 985; M 3 550, 551; P 3 423 ff.

1. Das Einziehungsrecht aus §§ 1074, 1075 greift nicht Platz, wenn es sich, wie der § 1076 sich ausdrückt, um eine **auf Zinsen ausstehende Forderung** handelt. Unter Zinsen sind hier, wenn schon der Ausdruck an sich auf Geldzinsen hindeutet, auch sonstige geldwerte Vorteile zu verstehen, die als Entgelt für die Nutzung des Kapitals in regelmäßiger Wiederkehr gewährt werden. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Verzinsungspflicht auf Rechtsgeschäft oder einer den Parteiwillen ergänzenden Gesetzesbestimmung beruht, wie solches nach §§ 452, 641, 698 — Verzinsungspflicht des die Nutzungen beziehenden Käufers, Werkbestellers und des das hinterlegte Geld für sich verwendenden Verwahrers —, desgleichen nach landesgesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich der Verzinsung der Entschädigungssumme seit dem Tage der Enteignung der Fall ist (bestr.). Unerheblich ist, ob das Kapital nach längerer oder kürzerer Zeit zurückzuzahlen ist oder die Rückzahlungszeit unbestimmt gelassen ist, insbesondere von vorhergängiger Kündigung abhängig ist. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Zinsen unverhältnismäßig niedrig sind. Die Vorschriften der §§ 1077—1079 werden nicht dadurch unanwendbar, daß die an sich verzinsliche Forderung vorübergehend zinslos kreditiert ist. Der Nießbraucher ist aus diesem Grunde nicht etwa zur Einziehung berechtigt und kann auch nicht die Zustimmung des Gläubigers zu einer anderweiten Kapitalanlage verlangen (vgl. § 1078 A 2). Bei einer auf Zinsen ausstehenden Forderung ist hauptsächlich an Geldforderungen zu denken, wie auch § 1077 von „Zahlung" des Kapitals spricht, es waren jedoch auch die Forderungen auf Leistung vertretbarer Sachen hiervon umfaßt. Unter § 1076 fallen endlich auch solche Forderungen, die in einem dinglichen Recht ihren Grund haben, insbesondere nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1080 Grundschulden und Rentenschulden. Auch Reallasten sind hierher zu rechnen, die nach landesgesetzlichen Bestimmungen (Art 115 EG) ablösbar sind, bei denen also die Ablösungssumme im Gegensatz zu den einzelnen dem Nießbraucher gebührenden Leistungen als das Kapital anzusehen ist. Besondere Vorschriften sind in den §§ 1081 ff. gegeben für Inhaberpapiere, mit denen ein Recht auf Zinsen oder einen Gewinnanteil verbunden ist. Gewährt die Aktie, weil die Gewinnverteilung ausgeschlossen (HGB § 213), keine Nutzungen, so ist sie nicht geeignet, ein Gegenstand des Nießbrauchs zu sein. Wegen des Rechtes auf Besitz der Schuldurkunde s. § 1068 A 2 a. E. und bei Inhaberpapieren § 1081 A 2. Die Vorschriften der §§ 1077—1079 können durch Parteivereinbarung oder Anordnung des Erblassers geändert werden (vgl. über den Nießbrauch am Handelsgeschäft § 1085 A 2). Nach dem Willen der Parteien wird regelmäßig anzunehmen sein, daß der Nießbraucher über das zur jederzeitigen Abhebung als tägliches Geld eingezahlte Kapital gerade so verfügen darf wie bei einer nicht auf Zinsen ausstehenden Forderung und daß der Nießbraucher die mit den Zinsen zu zahlenden Kapitaltilgungsbeträge, obschon sie nicht zu den ihm zustehenden Nutzungen gehören, erheben darf. Zulässig ist eine Vereinbarung, die dem Nießbraucher über die in den §§ 1077—1079 bestimmten Befugnisse hinaus das Recht der freien Verwaltung gibt, so daß es der in diesen Paragraphen geforderten Mitwirkung des Gläubigers zu Verwaltungsmaßnahmen nicht bedarf (RG 27. 10. 19 IV 252/19).

§ 1077

Der Schuldner kann das Kapital nur an den Nießbraucher und den Gläubiger gemeinschaftlich zahlen. Jeder von beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich gezahlt wird; jeder kann statt der Zahlung die Hinterlegung für beide fordern[1]).

Der Nießbraucher und der Gläubiger können nur gemeinschaftlich kündigen. Die Kündigung des Schuldners ist nur wirksam, wenn sie dem Nießbraucher und dem Gläubiger erklärt wird[2]).

E I 1033 Abs 1, 2, 4, 5 II 986; M 3 551 ff.; P 3 423 ff.; 4 598.

1. Eine sowohl das Interesse des Gläubigers als des Nießbrauchers berührende **Verfügung über eine auf Zinsen ausstehende Forderung** (vgl. § 1076 A 1) steht dem Gläubiger und dem Nießbraucher **nur gemeinschaftlich** zu. Beide sind daher (abweichend von der Regelung in §§ 420, 428) nur gemeinschaftlich zur Einziehung und zur Annahme der Zahlung berechtigt. Es kann zwar jeder von ihnen die Zahlung begehren, das Verlangen ist aber dahin zu richten, daß die Zahlung an beide gemeinschaftlich erfolgt, so daß sie beide Mitbesitzer werden. Sind sie zur gemeinschaftlichen Annahme nicht bereit, so bleibt, falls der Streit nicht durch Urteil entschieden wird (vgl. § 1078 A 1), nur der Weg der Hinterlegung. Dieser Weg kann zur Beseitigung aller Schwierigkeiten auch von vornherein von ihnen gewählt werden. Ein jeder kann statt der gemeinschaftlich zu empfangenden Zahlung (solange eine solche noch nicht stattgefunden hat) die Hinterlegung für gemeinschaftliche Rechnung verlangen. Die Hinterlegung bewirkt die Befreiung des Schuldners nach näherer Vorschrift der §§ 378, 376. Die Zuständigkeit der Hinterlegungsstelle und das Hinterlegungsverfahren bestimmt sich gemäß Artt 144, 145 EG nach den landesgesetzlichen Vorschriften (vgl. § 1082 A 2). Der Grundsatz des § 1077 gilt auch für den Fall, daß ein Anspruch auf Schadensersatz entstanden ist. Ist eine verzinsliche Hypothekenforderung ausgefallen, so kann der Nießbraucher von dem Dritten, der den Ausfall verschuldet hat, die Zahlung des vollen Ausfalls an sich und den Gläubiger gemeinschaftlich, nicht nur die Zahlung des ihm allein entstandenen Schadens beanspruchen (**RG** 89, 432). — Über eine den Nießbrauch mit dem Recht der freien Verwaltung ausstattende Vereinbarung s. § 1076 A 1 a. E.

2. Auch die **Kündigung** kann als eine Einziehungshandlung nur von dem Gläubiger und Nießbraucher gemeinschaftlich erklärt werden. Wird von ihnen nicht gemeinschaftlich in derselben Erklärung, sondern nacheinander gekündigt, so wird die Kündigung erst wirksam, wenn die letzte Erklärung dem Schuldner zugeht (abw. Biermann A 2, Staudinger A 2a, welche eine solche Kündigung für wirkungslos halten). Zur Wirksamkeit der Kündigung ist weiter zu erfordern, daß die Gemeinschaftlichkeit der Erklärung aus der ersten oder zweiten Kündigung erhellt. Daraus, daß Gläubiger und Nießbraucher nur gemeinschaftlich zur Einziehung berechtigt sind, ergibt sich weiter, daß auch die von dem Schuldner ausgehende Kündigung, um wirksam zu sein, sowohl dem Gläubiger als dem Nießbraucher zugehen muß. Auch hier muß dem Empfänger erkennbar sein, daß die Kündigung eine gemeinschaftliche ist. Die Mahnung kann dagegen, da hier eine Mitwirkungspflicht (§ 1078) nicht stattfindet, sowohl von dem Gläubiger als dem Nießbraucher selbständig erklärt werden (bestr.).

§ 1078

Ist die Forderung fällig, so sind der Nießbraucher und der Gläubiger einander verpflichtet, zur Einziehung mitzuwirken[1]). Hängt die Fälligkeit von einer Kündigung ab, so kann jeder Teil die Mitwirkung des anderen zur Kündigung verlangen, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist[2]).

E I 1033 Abs 3 II 987; M 3 553, 554; P 3 423 ff.

1. Besteht der Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung, so liegt im allgemeinen weder dem Gläubiger im Verhältnis zum Nießbraucher, noch — was von § 1074 abweicht — dem Nießbraucher im Verhältnis zum Gläubiger die Verpflichtung ob, für ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen. Von einer solchen Verpflichtung kann regelmäßig nicht die Rede sein, da jeder Teil das Recht der Einziehung hat. Er ist allerdings hierbei auf die Mitwirkung des anderen Teiles angewiesen. Daraus folgt aber nur die **gegenseitige Verpflichtung zur Mitwirkung** bei der Einziehung. Die Mitwirkung ist für die Zahlungsannahme, für die Kündigung (A 2), für die Hinterlegung (§ 1082 A 1) und für die Wiederanlegung (§ 1079 A 1) erforderlich. Auf Erfüllung dieser Verpflichtung kann Klage erhoben werden. Die schuldhafte Unterlassung der geforderten Mitwirkung macht nach § 276 schadensersatzpflichtig. Wird Klage auf Mitwirkung zur Annahme der Zahlung erhoben, so ist in dem Klageantrage anzugeben, in welcher Weise die Mitwirkung erfolgen soll. Ist der Beklagte zur Einwilligung in die vom Kläger bezeichneten Handlungen verurteilt, so gilt die Einwilligung mit Rechtskraft des Urteils als erteilt (§ 894 ZPO). Die Kosten der Einziehung fallen in gleicher Weise wie bei Einziehung einer unverzinslichen Forderung als Verwaltungskosten

dem Nießbraucher zur Last. Dem Beklagten steht es frei, gegenüber der Klage auf Mitwirkung das Verlangen der Hinterlegung (vgl. § 1077 A 1) einwandsweise oder widerklagend geltend zu machen.

2. Die **Mitwirkung zur Kündigung** kann nur gefordert werden, wenn die Einziehung wegen Gefährdung der Sicherheit der Forderung notwendig geworden ist, nicht auch in dem Falle, daß die Einziehung zur Erreichung höherer Zinsen oder zur Vermeidung der Ungelegenheiten aus säumiger Zinsenzahlung wünschenswert ist. Für die Frage, ob die Sicherheit gefährdet ist, kommen die Vorschriften über die sichere Anlegung von Mündelgeld nicht in Betracht. Die Klage auf Mitwirkung ist dahin zu richten, daß der Beklagte zur Einwilligung in die vom Kläger zu erklärende Kündigung zu verurteilen ist. Wegen der Zwangsvollstreckung und wegen der Schadensersatzpflicht s. A 1.

§ 1079

Der Nießbraucher und der Gläubiger sind einander verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß das eingezogene Kapital nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich angelegt[1]) und gleichzeitig dem Nießbraucher der Nießbrauch bestellt wird[2]). Die Art der Anlegung bestimmt der Nießbraucher[1]).

E I 1034 II 988; M 3 524, 525; P 3 423 ff.

1. Die **Wiederanlegung** des eingezogenen Kapitals ist dahin geregelt, daß die für die Anlegung von Mündelgeld gegebenen Vorschriften zu beachten sind (vgl. die Erl zu §§ 1807 u. 1808), und daß unter den mehreren hiernach zulässigen Anlegungsarten der Nießbraucher die Auswahl zu treffen hat. Gleichwohl bedarf der Nießbraucher zur Wiederanlegung der Mitwirkung des Gläubigers, da das eingezogene Kapital in ihren gemeinschaftlichen Besitz gelangt ist. Ein solcher gemeinschaftlicher Besitz liegt auch vor, wenn Gläubiger und Nießbraucher das Geld durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten in Empfang genommen oder die Aufbewahrung des Geldes einem gemeinschaftlichen Verwahrer übertragen haben. Auch wenn das Eigentum des Geldes auf den Verwahrer übergegangen ist (§ 700), so steht doch die Verfügung über die Forderung auf Rückgabe des Geldes dem Gläubiger und Nießbraucher nur gemeinschaftlich zu. Das gleiche ist der Fall, wenn das gemäß § 1077 Abs 1 hinterlegte Geld nach Bestimmung der in den einzelnen Bundesstaaten erlassenen Hinterlegungsordnungen (vgl. §§ 7 u. 8 der PrHO v. 21. 4. 13) Eigentum des Staates wird. Ebenso bedarf zur Wiederanlegung des Geldes der Gläubiger der Mitwirkung des Nießbrauchers, und zwar schon deshalb, weil dieser es ist, der die Art der Anlegung zu bestimmen hat. Der Klageantrag ist darauf zu richten, daß der Nießbraucher die innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen von ihm auszuwählende Anlegung bewirkt. Genügt der Nießbraucher trotz Verurteilung dieser Verpflichtung nicht, so kann der Gläubiger zur Auswahl und Anlegung von dem Prozeßgericht ermächtigt werden (§ 887 ZPO).

2. Die Wiederanlegung erfolgt auf den Namen des Gläubigers, so daß dieser das Eigentum der Forderung erlangt. Der **Nießbrauch ist an der neuen Forderung** in gleicher Weise **zu bestellen,** wie er an der alten Forderung bestand. Der Nießbraucher hat es, da er bei der Anlegung mitzuwirken hat, in der Hand, sich den Nießbrauch bei der Anlegung vorzubehalten. Ist dies nicht geschehen, so kann er die nachträgliche Einräumung des Nießbrauchs von dem Gläubiger fordern.

§ 1080

Die Vorschriften über den Nießbrauch an einer Forderung gelten auch für den Nießbrauch an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld[1]).

E I 1035 II 989; M 3 555, 556; P 3 426, 427.

1. Vgl. § 1076 A 1.

§ 1081

Ist ein Inhaberpapier oder ein Orderpapier, das mit Blankoindossament versehen ist[1]), Gegenstand des Nießbrauchs, so steht der Besitz des Papiers und des zu dem Papiere gehörenden Erneuerungsscheins dem Nießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich zu. Der Besitz der zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine steht dem Nießbraucher zu[2]).

Zur Bestellung des Nießbrauchs genügt an Stelle der Übergabe des Papiers die Einräumung des Mitbesitzes[3]).

E I 1036 Abs 1, 2, 1037 II 990; M 3 556 ff.; P 3 427 ff.

1. Für die **Inhaberpapiere** und die **mit Blankoindossament versehenen Orderpapiere**, die, solange das Blankoindossament nicht ausgefüllt ist, wie Inhaberpapiere übertragen werden (§ 365 HGB, Artt 12 u. 13 WO), sind weitere Vorschriften in den §§ 1081—1083 gegeben. Diese Vorschriften gelten nicht bloß für die in den §§ 793ff. behandelten Schuldverschreibungen auf den Inhaber, sondern auch für die nach §§ 179 Abs 2, 320 Abs 3 HGB über den Gesellschaftsanteil ausgestellten Inhaberaktien, nicht bloß für die zinsberechtigten, sondern auch für die gewinnanteilsberechtigten Papiere (vgl. § 1076 A 1 a. E.). Nicht zu den Inhaberpapieren gehören die in § 808 bezeichneten Legitimationspapiere (Sparkassenbücher usw.), die wie gewöhnliche Forderungen übertragen werden. Die Vorschriften der §§ 1081—1083 können durch Vertrag oder durch Verfügung von Todes wegen geändert werden (RG Warn 08 Nr 168). Wird bestimmt, daß der Besitz allein dem Nießbraucher zustehen soll, so ist damit die Anwendbarkeit der §§ 1081 und 1082 ausgeschlossen.

2. Die erleichterte Übertragung der Inhaberpapiere, die sich durch Übergabe der Urkunde in der Weise vollzieht, daß die mangelnde Berechtigung des Veräußerers durch den guten Glauben des Erwerbers unbedingt geheilt wird (§ 935), würde für den Gläubiger große Gefahren mit sich bringen, wenn der Besitz der Urkunde allein dem Nießbraucher überlassen würde. Es ist deshalb der **Besitz** dem Gläubiger und Nießbraucher **gemeinschaftlich** zugestanden. Die Ausübung des gemeinschaftlichen Besitzes kann in der Art stattfinden, daß Gläubiger und Nießbraucher das Inhaberpapier unmittelbar in Besitz behalten (Verwahrung unter gemeinschaftlichem Verschluß usw.) oder den Besitz einem gemeinschaftlichen Bevollmächtigten, Verwahrer, Leiher usw. übertragen. Das Recht des Schuldners, mit befreiender Wirkung (sofern nicht sein Verhalten ein unredliches ist) an den Inhaber zu leisten, der tatsächlich sich im Alleinbesitz befindet, wird durch die Vorschrift des § 1081 nicht berührt. Daß der Schuldner nur an den Gläubiger und Nießbraucher gemeinschaftlich leisten kann, ist in § 1081 nicht vorgeschrieben. Hinsichtlich der Kündigung verbleibt es, falls es sich nicht um die Einziehung durch den im Alleinbesitz befindlichen Inhaber handelt, bei der in § 1077 Abs 2 geforderten Gemeinschaftlichkeit. Wegen der Hinterlegung des Inhaberpapiers s. § 1082 A 1. Diejenigen Urkunden, die nur für das Nutzungsrecht des Nießbrauchers von Bedeutung sind, wie die Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, auch die Erneuerungsscheine für die Nießbrauchszeit, stehen im ausschließlichen Besitz des Nießbrauchers. Für die Rechte des Nießbrauchers aus gutgläubigem Erwerb des Nießbrauchs macht es übrigens keinen Unterschied aus, daß er nur Mitbesitzer, nicht Alleinbesitzer ist.

3. Wegen der **Bestellung des Nießbrauchs** s. § 1069 A 1 a. E.

§ 1082

Das Papier ist nebst dem Erneuerungsschein auf Verlangen des Nießbrauchers oder des Eigentümers bei einer Hinterlegungsstelle mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß die Herausgabe nur von dem Nießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich verlangt werden kann[1]. Der Nießbraucher kann auch Hinterlegung bei der Reichsbank verlangen[2].

E I 1036 Abs 2 II 991; M 3 557; P 3 427, 428; 6 93, 94.

1. Die Gemeinschaftlichkeit des Besitzes (vgl. § 1081 A 2) wird, wenn die Parteien sich nicht anders hierüber einigen, dadurch verwirklicht, daß das Inhaberpapier zur gemeinschaftlichen Verfügung des Gläubigers und Nießbrauchers **hinterlegt** wird. Zur Hinterlegung bedarf der Gläubiger oder Nießbraucher der Mitwirkung des anderen Teiles, in dessen Mitbesitz das Inhaberpapier sich befindet. Durch die Hinterlegung zur gemeinschaftlichen Verfügung wird weder der Gläubiger noch der Nießbraucher gehindert, seine Rechte (oder doch, was den Nießbraucher betrifft, die Ausübung der Rechte) abzutreten. In den Besitz des Inhaberpapiers kann jedoch der eine Teil immer nur mit Zustimmung des anderen Teiles gelangen. Von der Pflicht zur Hinterlegung kann der Nießbraucher befreit werden. Eine solche Befreiung kann darin gefunden werden, daß der Nießbraucher durch Verfügung von Todes wegen von der Pflicht zur Sicherstellung entbunden ist (RG 16. 1. 11 IV 332/10).

2. Die Zuständigkeit der Hinterlegungsstelle und das Hinterlegungsverfahren ist landesgesetzlich geordnet (Artt 144, 145 EG — vgl. § 1814 A 2). Zur Hinterlegung ist in § 1082 auch die Reichsbank für zuständig erklärt, und zwar ist die Reichsbank insofern bevorrechtigt, als auf Verlangen des Nießbrauchers die Hinterlegung, falls nicht das Inhaberpapier bereits anderweit hinterlegt ist, bei der Reichsbank erfolgen muß. Die Hinterlegung bei dieser Bank gewährt den Vorteil, daß nach den von ihr veröffentlichten Bedingungen die Einlösung der Zins- und Gewinnanteilscheine, die Besorgung der neuen Scheine und die Überwachung der Auslosung oder Kündigung in weiterem Umfange übernommen wird, als dies seitens der staatlichen Hinterlegungsstellen zu geschehen pflegt. Die Kosten der Hinterlegung fallen dem Gläubiger und Nießbraucher zu gleichen Teilen zur Last.

§ 1083

Der Nießbraucher und der Eigentümer des Papiers sind einander verpflichtet, zur Einziehung des fälligen Kapitals, zur Beschaffung neuer Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine sowie zu sonstigen Maßnahmen mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung erforderlich sind[1]).

Im Falle der Einlösung des Papiers finden die Vorschriften des § 1079 Anwendung[1]). Eine bei der Einlösung gezahlte Prämie gilt als Teil des Kapitals[2]).

E I 1036 Abs 3, 4 II 992; M 3 557, 558; P 3 427, 428.

1. Die in den §§ 1077—1079 für eine auf Zinsen ausstehende Forderung getroffenen Vorschriften finden auch auf Inhaberpapiere Anwendung. Die **Mitwirkungspflicht** ist jedoch auf alle Maßnahmen ausgedehnt, die zur ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung erforderlich sind. Ein Verkauf kann insbesondere bei Gefährdung der Sicherheit des Papiers, aber auch wegen Rückgangs der Erträge oder zur Vermeidung großer Verluste infolge Kursrückgangs erforderlich sein (a. M. Planck A 1, der den Verkauf des Papiers nicht einmal bei Gefährdung der Sicherheit zu den in § 1083 bezeichneten Maßnahmen rechnen will). Die Mitwirkungspflicht kann auch zu dem Zwecke nötig werden, um dem Nießbraucher oder Gläubiger die Ausübung des Stimmrechts (s. hierüber § 1068 A 3) zu ermöglichen. Die Kosten dieser Maßnahmen sind, soweit sie nicht als Kosten der laufenden Verwaltung oder als Aufwendungen im besonderen Interesse des Nießbrauchers diesem zur Last fallen, von dem Gläubiger allein zu tragen (abw. Planck A 1). Daran, daß der Inhaber Dritten gegenüber allein zur Verfügung über das Inhaberpapier legitimiert ist, wird durch die Mitwirkungspflicht nichts geändert.

2. Über die bei der Einlösung des Papiers gezahlte **Prämie** s. § 1073 A 2.

§ 1084

Gehört ein Inhaberpapier oder ein Orderpapier, das mit Blankoindossament versehen ist, nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen, so bewendet es bei den Vorschriften des § 1067.[1])

E I 1036 Abs 1 II 993; M 3 556, 557; P 3 427, 428; 4 785.

1. Die Vorschriften der §§ 1081—1083 sowie der §§ 1077—1079 kommen nicht zur Anwendung, wenn das Inhaberpapier zu den **verbrauchbaren Sachen** gehört. Hierzu dürfen nach § 92 Reichskassenscheine und Banknoten, die als Geldersatz dienen, ohne weiteres gerechnet werden, andere Inhaberpapiere nur unter der Voraussetzung, daß sie nicht als Anlagepapier angeschafft, sondern zur Veräußerung im laufenden Betriebe bestimmt sind. Das Eigentum an diesen Inhaberpapieren geht vorbehaltlich der Verpflichtung zum Ersatz des Wertes nach Beendigung des Nießbrauchs nach § 1067 auf den Nießbraucher über.

III Nießbrauch an einem Vermögen

§ 1085

Der Nießbrauch an dem Vermögen einer Person kann nur in der Weise bestellt werden, daß der Nießbraucher den Nießbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt. Soweit der Nießbrauch bestellt ist, gelten die Vorschriften der §§ 1086 bis 1088[1])[2]).

E I 1038, 1039 II 994; M 3 558 ff.; P 3 429, 430, 435, 436.

1. Der **Nießbrauch an dem Vermögen** einer Person oder dem Nachlaßvermögen (§ 1089), mag der Nießbrauch das Vermögen ganz oder zu einem Bruchteil ergreifen, bietet nur insofern Besonderheiten, als es sich um die Haftung für die Schulden handelt. Diese Haftung ist in den §§ 1086—1088 geregelt. Ein Nießbrauchsvermögen im Sinne dieser Bestimmungen ist anzunehmen, auch wenn einzelne Vermögensgegenstände von dem Nießbrauch ausgenommen sind. Im übrigen bildet das Vermögen nicht eine derartige Einheit, daß der Nießbrauch durch einheitliche Handlung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge bestellt werden könnte. Es bedarf vielmehr der Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen zum Ver-

mögen gehörenden Gegenständen. Dies ist jedoch nicht dahin aufzufassen, daß der Besitz an jeder einzelnen beweglichen Sache besonders übergeben werden müßte. Es genügt zur Besitzerlangung der Erwerb der auf die einzelnen Sachen in ihrer Gesamtheit sich erstreckenden tatsächlichen Herrschaft. Ebenso genügt es, wenn die einzelnen Forderungen, an denen der Nießbrauch bestellt werden soll, mit einem Gesamtnamen bezeichnet werden. Wegen Unzulässigkeit eines Vermerks im Grundbuch, daß es sich um den Nießbrauch an einem Vermögen handelt, s. § 1086 A 1. Das mit dem Nießbrauch belastete Vermögen bildet auch nicht ein Sondervermögen in der Art, daß die Gegenstände, die der Eigentümer als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nießbrauchsgegenstandes erlangt, ebenfalls dem Nießbrauch unterliegen. Dem Nießbraucher ist vielmehr ein selbständiger Entschädigungsanspruch gegeben (vgl. § 1065 A 2). Steht dem Nießbraucher das Verfügungsrecht zu (vgl. Vorbem 2, § 1048 A 1 u. § 1067 A 1), so stellt das Vermögen insofern eine wirtschaftliche Einheit dar, als die von dem Nießbraucher als Ersatz der veräußerten Stücke erworbenen Gegenstände zu dem dem Nießbrauch unterliegenden und demnächst (vorbehaltlich des Ersatzanspruchs wegen Verwendungen) an den Eigentümer herauszugebenden Vermögen hinzutreten. Wegen Eingehung der Verpflichtung zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen s. §§ 310, 311. Diese Vorschriften finden Anwendung auch auf das Vermögen einer juristischen Person, nicht aber auf ein Sondervermögen (Handelsgeschäft). Nicht der Form des § 311 bedarf ein Vertrag, durch den der Schuldner dem von den Gläubigern eingesetzten Ausschusse die Verwaltung und den Nießbrauch an seinem Vermögen einräumt, da wirtschaftlich die Nutzungen dem Schuldner nicht entzogen werden, sondern den hieraus zu befriedigenden Gläubigern nur eine dingliche Sicherheit gegen die Verwendung der Nutzungen zu anderen Ausgaben verschafft wird (**RG** 72, 116). Auf den Nießbrauch am Vermögen findet die Vorschrift des § 260 Anwendung. Der Nießbraucher ist demzufolge bei Rückgabe des Vermögens zur Aufstellung eines Bestandsverzeichnisses und nötigenfalls zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet.

2. Für den **Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäft** sind besondere Grundsätze nicht aufgestellt. Die der Bestellung des Nießbrauchs zugrunde liegende Vereinbarung oder letztwillige Anordnung wird regelmäßig dahin aufzufassen sein, daß dem Nießbraucher zugleich die zum ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebe erforderliche Verfügungsmacht bei der Verwaltung des Geschäfts (vgl. § 1067 A 1) hat zugestanden werden sollen. Anderseits wird dem Nießbraucher regelmäßig die Verpflichtung obliegen, an Stelle der veräußerten Waren im Interesse der Erhaltung des Geschäfts andere Waren anzuschaffen. Die Verfügungsmacht erstreckt sich auch auf Forderungen und Schulden des Geschäfts, soweit hierüber zu Zwecken des ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebs Verfügungen erforderlich sind, die auch in einem Vergleiche, in einer Stundung usw. bestehen können. Der Nießbraucher kann verlangen, daß ihm eine seiner Verfügungsmacht entsprechende Rechtsstellung nach außen von dem Besteller eingeräumt wird. Hat der Geschäftsinhaber dem Nießbraucher den Betrieb des Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma gestattet, so kommt die Vorschrift des § 25 (vgl. auch § 22 Abs 2) HGB zur entsprechenden Anwendung, wonach der Nießbraucher Dritten gegenüber die Verfügungsbefugnis über die bisherigen Geschäftsforderungen und die Haftung für die bisherigen Geschäftsschulden erlangt. Nicht aber gehen ohne besondere Vereinbarung die Forderungen oder Schulden auf ihn über (a. M. hinsichtlich der Geschäftsforderungen Staub-Könige zu § 22 HGB A 16 u. 24). Die Bestimmungen der §§ 1086—1088 haben für den Nießbrauch an einem Erwerbsgeschäft keine Geltung.

§ 1086

Die Gläubiger des Bestellers können, soweit ihre Forderungen vor der Bestellung entstanden sind, ohne Rücksicht auf den Nießbrauch Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen[1])[2]). Hat der Nießbraucher das Eigentum an verbrauchbaren Sachen erlangt, so tritt an die Stelle der Sachen der Anspruch des Bestellers auf Ersatz des Wertes; der Nießbraucher ist den Gläubigern gegenüber zum sofortigen Ersatze verpflichtet[3]).

E II 995 III 1069; P 3 430 ff.; 6 348.

1. Die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände können die Gläubiger des Eigentümers — falls es ihnen nicht gelingt, die Nießbrauchsbestellung nach dem Anfechtungsgesetz anzufechten — nur unbeschadet des Nießbrauchs zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung machen. Anders ist es, wenn der Nießbrauch an dem Vermögen einer Person oder dem

Nachlaßvermögen bestellt ist. Der Nießbrauch ergreift hier nur das nach Abzug der Schulden übrigbleibende Vermögen. Es verhält sich hiermit ähnlich wie bei der Übernahme eines Vermögens (§ 419). Die Haftung ist aber in beiden Fällen verschieden gestaltet. Der Übernehmer wird Herr des Vermögens und damit persönlicher Schuldner mit Beschränkung der Haftung auf den Bestand des übernommenen Vermögens, während der Nießbraucher lediglich die **Befriedigung der Gläubiger** (vgl. A 2) **aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen dulden** muß. Eine weitergehende Haftung liegt dem Nießbraucher nicht ob, soweit ihm nicht etwa aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Eigentümer bestimmte Verbindlichkeiten wegen Verletzung der ihm als Nießbraucher obliegenden Verpflichtungen erwachsen sind. Diese Verbindlichkeiten gehören mit zu dem dem Nießbrauch unterliegenden Vermögen und der Nießbraucher muß sich deshalb in diese Verbindlichkeiten geradeso wie in die anderen Bestandteile des Nießbrauchsvermögens die Zwangsvollstreckung gefallen lassen. Wegen der Haftung des Nießbrauchers mit der nach § 1067 bestehenden Verbindlichkeit zum Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen s. A 3. Das Recht der Gläubiger auf Befriedigung aus dem Nießbrauchsvermögen kann nicht als ein dingliches aufgefaßt werden. Es hat nur die Bedeutung, daß der Nießbrauch und demgemäß auch die einem Dritten überlassene Ausübung des Nießbrauchs sowie die zugunsten eines anderen Rechtes bewilligte Vorrechtseinräumung (**RG** 70, 344) vor dem Befriedigungsrecht der Gläubiger zurücktritt. In das Grundbuch kann das Befriedigungsrecht der Gläubiger nicht eingetragen werden, auch nicht in der Form, daß der Nießbrauch als ein an einem Vermögen bestehender eingetragen wird (anders Planck A 3, Wolff § 123 A 2). Es liegt hierzu auch kein Bedürfnis vor, da beim Bestehen eines Nießbrauchs immer mit dem Vorhandensein eines Vermögensnießbrauchs, der weit häufiger vorkommt als ein Einzelnießbrauch, gerechnet werden muß (**RG** a. a. O.). Ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Nießbrauchsvermögen steht im Konkurse des Nießbrauchbestellers den betreffenden Gläubigern (vgl. A 2) nicht zu. Tatsächlich ergibt sich aber eine Absonderung daraus, daß der Nießbraucher nicht gehalten ist, sich zu seinem Nachteil die Befriedigung anderer persönlicher Gläubiger des Bestellers aus dem Nießbrauchsvermögen gefallen zu lassen.

2. Den Gläubigern ist das gesamte Nießbrauchsvermögen, das dem Nießbraucher durch Bestellung des Nießbrauchs überlassen ist, ohne Unterschied, wem die einzelnen Vermögensgegenstände gehören, verhaftet. Aus dieser Haftung des gesamten Vermögens folgt mit Notwendigkeit, daß das Befriedigungsrecht den persönlichen **Gläubigern des Bestellers,** nicht den Gläubigern des Eigentümers zukommt. Und zwar sind befriedigungsberechtigt diejenigen Gläubiger des Bestellers, deren Forderungsrecht schon **zur Zeit der Bestellung** begründet war, mag es auch erst später ein unbedingtes geworden sein oder sich auf Grundlage des vor der Bestellung eingegangenen Schuldverhältnisses zu dem späteren Umfang entwickelt haben. Zu den befriedigungsberechtigten Gläubigern gehört auch der Unterhaltsberechtigte, vorausgesetzt, daß er bereits zur Zeit der Bestellung wegen Bedürftigkeit (vgl. aber § 1088 A 1) einen Unterhaltsanspruch hatte. Der Unterhaltsanspruch kommt in voller Höhe, nicht bloß in Höhe des zur Zeit der Bestellung im voraus zu entrichtenden Unterhaltsbetrags in Betracht (anders anscheinend Planck A 2). Zur Zwangsvollstreckung in das Nießbrauchsvermögen ist, sofern der Nießbrauch nicht erst nach rechtskräftiger Feststellung der Schuld des Bestellers entstanden ist, erforderlich, daß der Besteller zur Leistung und der Nießbraucher zur Duldung verurteilt ist (§§ 737, 738 ZPO). Der auf Duldung verklagte Nießbraucher (der trotz fehlenden Rechtes des Bestellers den Nießbrauch gültig erworben haben kann) kann sich — abgesehen von dem Falle, daß erst nach Bestellung des Nießbrauchs das Eigentum mit Kenntnis des Nießbrauchers von dem Besteller auf einen anderen übergegangen ist (vgl. § 407) — nicht damit verteidigen, daß die Vermögensgegenstände nicht dem Besteller gehören. Es bleibt dem Eigentümer überlassen, die Ansprüche der Gläubiger durch Erhebung einer Interventionsklage (§ 64 ZPO) oder im Zwangsvollstreckungsverfahren durch Erhebung der Widerspruchsklage (§ 771 ZPO) abzuwehren. Nur dazu ist der Nießbraucher nach § 1042 verbunden, daß er dem ihm bekannten Eigentümer von dem Vorgehen des Gläubigers Nachricht gibt. Zur Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ist die Zugehörigkeit zum Vermögen des Bestellers nachzuweisen.

3. Hat der Nießbraucher gemäß § 1067 den Wert der in sein Eigentum übergegangenen verbrauchbaren Sachen dem Nießbrauchsbesteller zu ersetzen, so können sich die Gläubiger des Bestellers ebenso wie an die anderen Bestandteile des Nießbrauchsvermögens auch an diesen **Ersatzanspruch des Bestellers** halten, und zwar können sie, soweit dies zur Bezahlung ihrer Forderungen nötig, da der Nießbrauch ihnen nicht entgegensteht, sofortigen Ersatz verlangen. Den Ersatzanspruch können die Gläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Anspruchs gegen den Besteller pfänden und sich überweisen lassen, ohne daß zuvor (bestr.) der Nießbraucher, der besonders zu verklagen ist und dem für diesen Rechtsstreit alle Einwendungen vorbehalten bleiben, zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt zu sein braucht.

§ 1087

Der Besteller kann, wenn eine vor der Bestellung entstandene Forderung fällig ist, von dem Nießbraucher Rückgabe der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Gegenstände verlangen. Die Auswahl steht ihm zu; er kann jedoch nur die vorzugsweise geeigneten Gegenstände auswählen[1]. Soweit die zurückgegebenen Gegenstände ausreichen, ist der Besteller dem Nießbraucher gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet[2].

Der Nießbraucher kann die Verbindlichkeit durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes erfüllen[1]. Gehört der geschuldete Gegenstand nicht zu dem Vermögen, das dem Nießbrauch unterliegt, so ist der Nießbraucher berechtigt, zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers einen zu dem Vermögen gehörenden Gegenstand zu veräußern, wenn die Befriedigung durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann. Er hat einen vorzugsweise geeigneten Gegenstand auszuwählen. Soweit er zum Ersatze des Wertes verbrauchbarer Sachen verpflichtet ist, darf er eine Veräußerung nicht vornehmen[3].

E I 1040 II 996; M 3 561 ff.; P 3 430, 431, 433, 434; 4 609 ff.

1. Macht der Gläubiger von dem ihm nach § 1086 zustehenden Befriedigungsrecht Gebrauch, so liegt es, falls sein Anspruch nicht auf Leistung eines bestimmten im Nießbrauchsvermögen befindlichen Gegenstandes geht, in seiner Hand, aus welchen Gegenständen des Nießbrauchsvermögens er im Zwangsvollstreckungsverfahren seine Befriedigung suchen will. Die Zwangsvollstreckung kann aber durch freiwillige Befriedigung des Gläubigers abgewendet werden. Handelt es sich um Leistung eines bestimmten zum Nießbrauchsvermögen gehörigen Gegenstandes, so kann der Nießbraucher diesen Anspruch durch Herausgabe des Gegenstandes ohne weiteres erfüllen. Andernfalls aber entsteht die Frage, ob der Besteller oder der Nießbraucher, deren Interessen in dieser Beziehung auseinandergehen können, zur Auswahl der aus dem Nießbrauchsvermögen zur Befriedigung zu verwendenden Gegenstände berechtigt ist. § 1087 entscheidet diese Frage dahin, daß — abgesehen von besonderen Fällen (A 3) — der **Besteller auswahlberechtigt** ist, wie dieser denn auch schon vor Überlassung des Vermögens an den Nießbraucher die zur Berichtigung der fälligen Schulden erforderlichen Gegenstände hätte zurückbehalten können. Allerdings darf der Besteller bei der Auswahl der zurückzufordernden oder zurückzubehaltenden Gegenstände nicht willkürlich verfahren. Er darf nur die „vorzugsweise geeigneten Gegenstände" auswählen. Sind zur Berichtigung von Geldschulden bares Geld oder ohne Verlust verkäufliche geldwerte Papiere vorhanden, so darf nicht die Rückgabe von Sachen oder die Überlassung von Außenständen, auch nicht die von dem Nießbraucher geschuldete Zahlung des Wertes der verbrauchbaren Sachen (vgl. § 1086 A 3) gefordert werden. Müssen Sachen verkauft werden, so sind in erster Linie diejenigen Sachen geeignet, deren Verkauf ohne Nachteil für den Besteller und Nießbraucher möglich ist. Nicht allgemein kann gesagt werden, daß auf die nicht im Eigentum des Bestellers stehenden Sachen erst in letzter Linie zurückzugreifen ist. Stehen die Interessen des Bestellers und Nießbrauchers einander entgegen, so darf der Besteller, falls nicht seine Wahl in grober Weise gegen die Billigkeit verstößt, von seinen eigenen Interessen sich leiten lassen. Das Auswahlrecht verbleibt übrigens dem Besteller auch dann, wenn der Nießbraucher die Schuld aus eigenen Mitteln bezahlt hat und nun seinerseits Erstattung aus dem Nießbrauchsvermögen fordert. Hat der Besteller die auf dem Nießbrauchsvermögen ruhende Schuld aus dem nießbrauchsfreien (erst nach Bestellung des Nießbrauchs erworbenen) Vermögen berichtigt, so kann er in gleicher Weise Erstattung aus dem Nießbrauchsvermögen fordern. Die in § 1087 bestimmten Befugnisse stehen dem Besteller zu auch wegen der das Nießbrauchsvermögen belastenden Abgaben, die nicht dem Nießbraucher, sondern dem Eigentümer zur Last fallen. Dem als Nießbraucher in Anspruch Genommenen ist selbstverständlich in allen Fällen der Einwand gestattet, daß er in Wirklichkeit ein Nießbrauchsrecht nicht erworben habe.

2. Mit der **Rückgabe** der zur Schuldentilgung zu verwendenden Gegenstände erlischt das Nießbrauchsrecht an diesen Gegenständen, ohne daß der Nießbraucher hierauf ausdrücklich Verzicht zu leisten braucht (vgl. § 1064 A 1). Dagegen steht ihm nunmehr ein Anspruch darauf zu, daß die zurückgegebenen Gegenstände auch wirklich zur Schuldentilgung verwendet werden. Hat der Besteller die Schuld, ohne die zurückgegebenen Gegenstände hierzu zu verwenden, aus eigenen Mitteln berichtigt, so kann der Nießbraucher gegen Erstattung

des Gezahlten verlangen, daß ihm an diesen Gegenständen der Nießbrauch von neuem eingeräumt wird.

3. Ausnahmsweise ist der **Nießbraucher** berechtigt, die von ihm aus dem Nießbrauchsvermögen auszuwählenden Gegenstände zur Befriedigung des Gläubigers zu verwenden. Er darf dies, wenn ihm die Gefahr der Zwangsvollstreckung oder sonstige mit der Nichtbefriedigung des Gläubigers verbundene Nachteile drohen. Regelmäßig wird er vorher den Besteller zur Befriedigung des Gläubigers aufzufordern haben. In dringenden Fällen kann er aber hiervon absehen. Dem Nießbraucher ist es in gleicher Weise wie dem Besteller (vgl. A 1) zur Pflicht gemacht, für die Schuldentilgung die vorzugsweise geeigneten Gegenstände auszuwählen. Insbesondere soll er, wie in § 1087 für diesen Fall ausdrücklich bestimmt ist, nicht eine Veräußerung vornehmen, wenn die fehlenden Geldmittel durch die von ihm geschuldete Zahlung des Wertes der verbrauchbaren Sachen (§ 1067) beschafft werden können. Die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht macht den Nießbraucher dem Besteller gegenüber schadensersatzpflichtig. Die Gültigkeit der zur Schuldentilgung vorgenommenen Veräußerung ist aber von der Beobachtung dieser Pflicht nicht abhängig. Zur Gültigkeit der Veräußerung genügt es, daß eine Verbindlichkeit in der Tat vorhanden ist und Gefahr im Verzuge obwaltet. Das Fehlen dieser Voraussetzungen würde übrigens durch den guten Glauben des Erwerbers nicht ersetzt werden können. Der gutgläubige Erwerb hat nur insofern Bedeutung, als von dem Nießbraucher Sachen, die nicht dem Besteller gehören, veräußert sind (abweichend Planck A 7c). Wegen des Rechtes des Nießbrauchers, den Gläubiger wegen des Anspruchs auf Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes zu befriedigen, s. A 1.

§ 1088

Die Gläubiger des Bestellers, deren Forderungen schon zur Zeit der Bestellung verzinslich waren, können die Zinsen für die Dauer des Nießbrauchs auch von dem Nießbraucher verlangen. Das gleiche gilt von anderen wiederkehrenden Leistungen, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden, wenn die Forderung vor der Bestellung des Nießbrauchs entstanden ist[1]).

Die Haftung des Nießbrauchers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Besteller ausgeschlossen oder beschränkt werden[2]).

Der Nießbraucher ist dem Besteller gegenüber zur Befriedigung der Gläubiger wegen der im Abs 1 bezeichneten Ansprüche verpflichtet. Die Rückgabe von Gegenständen zum Zwecke der Befriedigung kann der Besteller nur verlangen, wenn der Nießbraucher mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeit in Verzug kommt[2]).

E I 1041 II 997; M 3 564, 565; P 3 434, 435.

1. Während nach §§ 1086, 1087 der Nießbraucher nur verpflichtet ist, die Zwangsvollstreckung in das Nießbrauchsvermögen einschließlich der noch nicht in sein Eigentum übergegangenen Nutzungen zu dulden, ist ihm **hinsichtlich der Zinsen und anderen wiederkehrenden Leistungen,** die als eine aus den Einkünften des Vermögens zu bestreitende Last angesehen werden (vgl. § 1047 A 1), eine **persönliche Haftung,** und zwar nicht nur dem Besteller, sondern auch den Gläubigern gegenüber auferlegt. Diese Haftung hat, wenn der Bestellung des Nießbrauchs ein hierauf gerichteter schuldrechtlicher Vertrag vorhergegangen ist, bereits in diesem Vertrage ihre Grundlage. Ebenso wie der Nießbraucher nur einen Anspruch auf Bestellung des Nießbrauchs an den Vermögensgegenständen hat, die zur Zeit der Abschließung des schuldrechtlichen Vertrags dem Besteller gehören, übernimmt er auch nur eine Haftung für die Zinsen der zu dieser Zeit bestehenden Schulden des Bestellers (Lindemann, Haftung des Nießbrauchers eines Vermögens für die Zinsen S. 30ff.). Der Wille der Parteien kann auch dahin gehen, daß der Nießbraucher schon von der Zeit der Abschließung des Vertrags an für die Zinsen aufkommen soll, wennschon er allerdings erst nach Bestellung des Nießbrauchs belangt werden kann. Unter Zinsen sind hier nicht bloß die vertragsmäßigen, sondern auch die gesetzlichen Zinsen ohne jede Einschränkung, auch die Verzugszinsen zu verstehen, ohne Rücksicht darauf, ob der Verzug durch schuldhaftes Verhalten des Bestellers herbeigeführt ist. Die Verzinslichkeit muß, damit die persönliche Haftung des Nießbrauchers begründet ist, spätestens zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs vorhanden sein. Die Zinsen fallen dem Nießbraucher auch zur Last, wenn der Zinsfuß ein außergewöhnlich hoher ist oder die Zinsen den Betrag der Nutzungen überschreiten. Den Zinsen gleichgestellt sind diejenigen wiederkehrenden Leistungen, welche bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften

des Vermögens bestritten werden. Es gehören hierher die an die Gläubiger des Bestellers zu entrichtenden Renten, Reallastleistungen, die aus einem Vertrage oder als gesetzliche Schuld nach § 1708 an das uneheliche Kind zu entrichtenden Unterhaltsbeträge (s. im übrigen wegen der gesetzlichen Unterhaltspflicht § 1086 A 2), die als Zuschlag zu den Zinsen zu entrichtenden, zur allmählichen Tilgung des Hauptgeldes bestimmten Beträge, die Prämien aus einer vor Begründung des Nießbrauchs von dem Besteller eingegangenen Versicherung, auch einer Lebensversicherung, die auf das Vermögen oder die Einkünfte des Vermögens gelegten Abgaben (Einkommensteuer, Vermögenssteuer). Auch für diese Leistungen hat der Nießbraucher unbeschränkt einzustehen, ohne Rücksicht darauf, ob die Einkünfte bei ordnungsmäßiger Verwaltung des Vermögens zur Deckung der Zinsen und wiederkehrenden Leistungen ausreichen (a. A. Planck A 1a; Staudinger A 1). Würde der Nießbraucher unter Berufung darauf, daß die Einkünfte nicht ausreichen, die Entrichtung verweigern können, wodurch jedesmal eine zeitraubende und schwierige Untersuchung notwendig werden würde, so würde der durch § 1088 dem Gläubiger zugedachte Vorteil zum großen Teil wieder zunichte werden. Dem Nießbraucher selbst kann aus der unbeschränkten Haftung nicht wohl ein Nachteil entstehen, da die Haftung nur für die Nießbrauchszeit besteht und er jederzeit in der Lage ist, die Beendigung des Nießbrauchs durch Verzicht auf sein Recht herbeizuführen. Die in § 103 gegebenen Vorschriften über die Lastenverteilung zwischen Nießbraucher und Nießbrauchsbesteller bei Beginn und Beendigung des Nießbrauchs gelten in gleicher Weise für die Ansprüche der Gläubiger gegen den Nießbraucher. — Nicht betroffen werden durch § 1088 diejenigen Gläubiger, die nur einen dinglichen Anspruch, nicht zugleich einen persönlichen Anspruch gegen den Besteller haben. Der § 1088 bezieht sich ferner nicht auf diejenigen Gläubiger, die erst nach Bestellung des Nießbrauchs eine Forderung erlangt haben. Doch wird, wenn eine neue Schuld lediglich zur Rückzahlung einer früheren Schuld aufgenommen ist, auch ohne entsprechende Vereinbarung anzunehmen sein, daß der Nießbraucher für die Zinsen der neuen Schuld bis zur früheren Höhe haftbar bleibt.

2. Die Berichtigung der in A 1 bezeichneten Verbindlichkeiten kann nicht bloß der Gläubiger, sondern auch der **Besteller von dem Nießbraucher verlangen,** und zwar jeder von ihnen aus selbständigem Rechte. Das Recht des Gläubigers kann nicht durch Vereinbarung des Nießbrauchers mit dem Besteller und ebensowenig das Recht des Bestellers durch einen Vertrag des Nießbrauchers mit dem Gläubiger ausgeschlossen werden. Die Gemeinschaftlichkeit der Berechtigung führt aber noch nicht zu der Annahme eines Gesamtgläubigerverhältnisses im Sinne des § 428. Das Recht des Bestellers geht nicht auf Leistung an ihn, sondern auf Leistung an den Gläubiger. Empfangsberechtigt ist also immer nur der Gläubiger. Wird dieser befriedigt oder erklärt er sich für vorbehaltlos befriedigt, so erlischt damit auch das Recht des Bestellers. Bis zu diesem Zeitpunkte besteht neben der persönlichen Verbindlichkeit des Nießbrauchers zugleich die persönliche Verbindlichkeit des Bestellers. Wird letzterer aus seiner persönlichen Haftung in Anspruch genommen, so kann er — abgesehen von der persönlichen Ersatzpflicht des Nießbrauchers — die Rückgabe der zur Berichtigung der Schuld erforderlichen Gegenstände des Nießbrauchsvermögens nach den in A 1 zu § 1087 dargestellten Grundsätzen fordern. Hierzu ist der Besteller auch schon dann berechtigt, wenn der Nießbraucher mit Berichtigung der persönlichen Schulden in Verzug (§§ 284, 285) gekommen ist.

§ 1089

Die Vorschriften der §§ 1085 bis 1088 finden auf den Nießbrauch an einer Erbschaft entsprechende Anwendung[1] [2].

E I 1043 II 998; M 3 565; P 3 436.

1. Die entsprechende Anwendung bedeutet, daß bei dem **Nießbrauch an einer Erbschaft** an Stelle der persönlichen Gläubiger des Bestellers die Nachlaßgläubiger treten, denen der Nachlaß auch bei Veräußerung der Erbschaft (oder eines Erbteils) verhaftet bleibt (§§ 2382 ff., 1922 Abs 2, 2036). Ein Nießbrauch an einer Erbschaft kann auch dadurch begründet werden, daß die sämtlichen Miterben ihre Erbanteile mit dem gleichen Nießbrauch belasten. Der Nießbrauch ist aber hier von einem Vermögensnießbrauch insofern verschieden, als er die jeweils zum Nachlaßvermögen gehörigen Gegenstände ergreift. Über den Begriff der Nachlaßgläubiger s. § 1967 A 1, 2 u. 3. Nur zugunsten dieser Gläubiger hat der Nießbraucher die in den §§ 1086—1088 bestimmten Verpflichtungen zu erfüllen, ohne daß er im Falle des § 1086 (vgl. A 2 das.) einwenden kann, daß der Besteller des Nießbrauchs nicht der wahre Erbe oder Miterbe gewesen sei. Das Recht, gemäß § 1087 die Rückgabe der zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten erforderlichen Erbschaftsgegenstände zu verlangen, steht, wenn der Besteller nicht der wahre Erbe sein sollte, nur dem letzteren, nicht dem Besteller zu. — Die Eingehung der Verpflichtung zur Belastung der Erbschaft mit einem Nießbrauch bedarf ebenso wie der

Erbschaftskauf der in § 2371 vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Die Belastung des Anteils des Miterben mit einem Nießbrauch stellt sich als eine der gleichen Beurkundung bedürfende Verfügung über den Erbteil im Sinne des § 2033 dar (vgl. § 2033 A 3). Wegen des Nießbrauchs an einem Erbteil vgl. § 1066 A 1—3. Der Miterbe kann ohne Zustimmung des Nießbrauchers die Erbauseinandersetzung nicht betreiben. Auch bei dem Nießbrauch an einem Erbteil ist (gleicherweise wie bei dem Pfandrecht an einem Erbteil, **RG** JW 1914, 765[11]) nicht anzunehmen, daß der Nießbrauch ohne weiteres sich auf die bei der Auseinandersetzung dem Miterben zugeteilten Gegenstände überträgt.

2. Von dem Erblasser kann der Nießbrauch an einer Erbschaft oder einem Erbteil, falls nicht der Nießbraucher in Wirklichkeit die Stellung eines Vorerben hat, nur als **Vermächtnis** (§§ 2147ff.) zugewendet werden. Der Nießbraucher hat nach § 2174 einen Anspruch darauf, daß ihm der Nießbrauch von dem Erben als dingliches Recht eingeräumt wird. Auch ihm gegenüber ist der Testamentsvollstrecker zur Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses verpflichtet (vgl. §§ 2215, 666, 2203; **RG** JW 04, 338[7]).

Dritter Titel

Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten[1])

§ 1090

Ein Grundstück[2]) kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten[3]) die Belastung[4]) erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen[5]), oder daß ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann[6]) (beschränkte persönliche Dienstbarkeit).

Die Vorschriften der §§ 1020 bis 1024, 1026 bis 1029, 1061 finden entsprechende Anwendung[7]).

E I 1044, 1048 f. II 999; M 3 566 ff.; P 3 436 ff.

1. Nur Grundstücke und die Rechte, auf welche die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden, können zugunsten einer bestimmten natürlichen oder juristischen Person mit **beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten** belastet werden (§ 1090 Abs 1 Satz 1). Der Inhalt dieser Dienstbarkeiten kann in dem Rechte, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder in einer sonstigen Befugnis bestehen, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann (§ 1090 Abs 1 Satz 2; § 1018), mit der Maßgabe, daß der Umfang des Rechtes im Zweifel durch die persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten bestimmt wird (§ 1091). Die Dienstbarkeit ist, wie der Nießbrauch, unvererblich und unübertragbar (§§ 1090 Abs 2, 1061, 1092 Satz 1). Anders wie beim Nießbrauch (§ 1059 Satz 2) ist auch die Überlassung der Ausübung an einen anderen regelmäßig unzulässig (§ 1092 Satz 2). Nur das Wohnungsrecht (§ 1093) ist nach mehreren Richtungen den Vorschriften über den Nießbrauch unterstellt. Hinsichtlich der Begründung und Aufhebung der Dienstbarkeiten finden die allgemeinen Vorschriften der §§ 873—878 Anwendung. — Sonstige Vorschriften über diese Dienstbarkeiten enthalten GBO §§ 23, 24, 50; ZVG §§ 92, 121; EG.ZVG § 9. — Von den Vorbehalten im EG zugunsten der Landesgesetzgebung kommen für diese Dienstbarkeiten besonders in Betracht die in Artt 113 (Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Dienstbarkeiten in den Fällen der Zusammenlegung von Grundstücken, Gemeinheitsteilung); 115 (Untersagung, Beschränkung oder Bestimmung des Inhalts und des Maßes); 120 (Unschädlichkeitszeugnis im Falle der Teilveräußerung des belasteten Grundstücks); 128 (Dienstbarkeit an buchungsfreien Grundstücken); 133 (Recht auf Kirchenstühle und Begräbnisplätze). Von den Übergangsvorschriften vgl. EG Artt 184 (Bestehenbleiben der zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden Dienstbarkeiten mit dem bisherigen Inhalte und Range); 189 (Begründung und Aufhebung nach den bisherigen Gesetzen so lange, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist); 191 (Besitzschutz). — Auf die beim Inkrafttreten des BGB bestehenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten finden die §§ 1020—1024, 1026—1028 nicht entsprechende Anwendung, da Art 184 Satz 2 EG nur für Grunddienstbarkeiten die Anwendung dieser Bestimmungen vorschreibt. Im übrigen steht es der Anwendung des Art 184 EG auf die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht entgegen, wenn die Dienstbarkeit nicht eingetragen ist; denn sie „belastet" im Sinne des Art 184 das Grundstück auch dann, wenn sie zwar nicht eingetragen ist, aber dennoch besteht (**RG** 55, 315; 56, 13; 66, 30). Nach preußischem Recht konnte eine solche Dienstbarkeit gemäß § 12 EigEGes. auch ohne Eintragung an sich bestehen; jedoch war ihre Wirksamkeit gegenüber Dritten, gleichviel ob sie diesen bekannt war

oder nicht, von der Eintragung abhängig. Nur mit dieser beschränkten Wirkung sind solche zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehende, aber nicht eingetragene Dienstbarkeiten bestehengeblieben (**RG** 66, 30). Erst mit ihrer Eintragung erlangen sie gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber Erwerbern im Sinne des § 892, Wirkung (**RG** 66, 30). Auf Grund des dinglichen Rechtes besteht aber auch nach Inkrafttreten ein Anspruch auf Bewilligung der Eintragung (**RG** Gruch 46, 132; JW 04, 282[1]). Hat allerdings inzwischen ein anderer als der ursprüngliche Besteller oder dessen Gesamtrechtsnachfolger das Grundstück erworben, so kann die Eintragung, auch wenn der Erwerber bösgläubig war, nicht erfolgen, ausgenommen selbstverständlich, wenn der andere seine Zustimmung zu der Eintragung gibt (**RG** JW 04, 281[1]).

2. Ein **Grundstück** oder ein solches Recht, auf das die Vorschriften über Grundstücke Anwendung finden, mithin das Erbbaurecht (§ 1017; VO v. 15. 1. 19 § 11) und die in den Artt 63, 68, 196 EG bezeichneten Rechte, nicht aber eine bewegliche Sache. Doch kann sich auf eine solche, wenn sie Zubehör eines Grundstücks ist, das Wohnungsrecht (§ 1093) erstrecken. An einem Bruchteil eines Grundstücks kann eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht bestellt werden (vgl. Prot 3 S. 436, 310); wohl aber an einem bestimmten, begrenzten Teil eines Grundstücks (s. § 1018 A 2). Über die Frage, ob mehrere selbständige Grundstücke mit ein und derselben Dienstbarkeit belastet werden können (z. B. mit einem Wohnungsrecht, wenn seine Ausübung sich nur auf ein Grundstück, auf dem das Haus steht, oder wenn es sich auf die mehreren Grundstücke erstreckt), vgl. § 1018 A 5.

3. **Derjenige, zu dessen Gunsten** die Belastung erfolgt, kann nur eine bestimmte natürliche oder juristische Person (z. B. eine Gewerkschaft, RJA 7, 254; eine Genossenschaft, RJA 10, 72; eine Stadtgemeinde [s. unten: Gemeinde], KGJ 47, 186) sein (KGJ 39 A 210). Daher z. B. nicht eine preußische Polizeibehörde, da sie keine juristische Person ist, sofern nicht etwa nur eine falsche Bezeichnung für den Fiskus oder für eine Stadtgemeinde gebraucht ist (KGJ 39 A 210). Nicht ausgeschlossen ist die Belastung für mehrere bestimmte Personen als gleichzeitige und gemeinschaftliche Berechtigte (z. B. für Eheleute, Eltern, Kinder; über die Eintragung in einem solchen Falle vgl. § 48 GBO). Dagegen ist ausgeschlossen die Bestellung einer Dienstbarkeit in der Weise, daß nach dem Tode des zunächst Berechtigten dessen Erbe oder sonst ein anderer Berechtigter sein soll; denn das BGB kennt nur eine mit dem Tode des Berechtigten endigende (§§ 1090 Abs 2, 1061) Dienstbarkeit (OLG 10, 117; 14, 88). Die Belastung für eine Gemeinde kann auch so geschehen, daß sie deren einzelnen Mitgliedern dient (z. B. so, daß diese einen Weg, einen Park, eine Wasserleitung benutzen können; vgl. Prot 3, 439, auch **RG** 4, 132; 7, 164; 14, 214; SeuffA 41 Nr 173; 42 Nr 18; 44 Nr 163; 55 Nr 63; 58 Nr 70). § 1091, der nur eine Auslegungsregel enthält, steht dem nicht entgegen. Klageberechtigt sind aber in solch einem Falle nicht die einzelnen Mitglieder, sondern die Gemeinde. Denn eingetragen im Grundbuche kann die Dienstbarkeit nicht sein für das einzelne Mitglied, sondern nur für die Gemeinde als juristische Person, die allein zur Verfügung über das Recht befugt ist, während die Gemeindeangehörigen nur aus dem Rechte der Gemeinde die Dienstbarkeit ausüben. Das für oder gegen die juristische Person ergangene Urteil wirkt auch für oder gegen die Mitglieder (vgl. **RG** 44, 145; 61, 342; SeuffA 59 Nr 71). Für Kreise von Personen, die nicht eine juristische Person bilden (z. B. für einen nichtrechtsfähigen Verein), kann eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht begründet werden, weil eben nur eine bestimmte Person Berechtigter sein darf (vgl. SeuffA 59 Nr 6). Dagegen ist für zulässig zu erachten die Bestellung mehrerer Dienstbarkeiten gleichen Inhalts für mehrere Personen in der Weise, daß diese nacheinander als Berechtigte folgen (z. B. für die jeweiligen Inhaber einer Firma); § 1092 steht dem nicht entgegen, denn es handelt sich dann um Endtermin oder auflösende Bedingung (s. A. 4) für die eine und zugleich um Anfangstermin oder aufschiebende Bedingung für die andere Dienstbarkeit (vgl. OLG 36, 164).

4. **Die Belastung** wird gemäß § 873 durch Einigung und Eintragung bewirkt. Über das Wesen der Einigung und die Erfordernisse für ihre Rechtsgültigkeit vgl. § 873 A 7, 8, 9. Hervorzuheben ist, daß die Einigung zur Gültigkeit einer Form nicht bedarf. Formellrechtlich genügt zur Vornahme der Eintragung gemäß § 19 GBO die Eintragungsbewilligung des Eigentümers des zu belastenden Grundstücks, ohne daß es des Nachweises der Einigung bedarf; anderseits muß die Bewilligung in der im § 29 Satz 1 GBO vorgeschriebenen Form erklärt sein. Der ferner erforderliche Eintragungsantrag (§ 13 Abs 1 GBO) kann (formlos, § 30 GBO) sowohl von dem Aktivbeteiligten als auch von dem Passivbeteiligten gestellt werden (§ 13 Abs 2 GBO). Die Eintragung, bei der gemäß § 874 auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann (vgl. auch § 50 GBO), erfolgt auf das zu belastende Grundstück. — Zur rechtsgeschäftlichen **Aufhebung** ist gemäß § 875 Aufgabeerklärung des Berechtigten und Löschung erforderlich. Vgl. § 875 A 7, 8. Erlischt die Dienstbarkeit durch den Tod des Berechtigten (§§ 1090 Abs 2, 1061; vgl. hierüber A 7), so kann Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung gemäß § 22 GBO auf Grund der Sterbeurkunde

beantragt werden (vgl. jedoch §§ 23, 24 GBO und dazu RJA 4, 181). Die Dienstbarkeit kann auch unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung bestellt werden (s. A 3 a. E.). Nach Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins gilt hinsichtlich der Grundbuchberichtigung Entsprechendes wie für den Fall des Todes des Berechtigten. Die Dienstbarkeit kann nach Maßgabe des § 901 durch Verjährung erlöschen. Durch Vereinigung der Berechtigung und des belasteten Eigentums in einer Person erlischt sie nach § 889 nicht.

5. Von der Berechtigung zur **Benutzung in einzelnen Beziehungen** gilt das gleiche, wie wenn eine solche den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bildet (vgl. hierüber § 1018 A 6, 7). Hervorzuheben ist hier, daß die Benutzung auch mit einer Verringerung des Grundstücksbestandes (z. B. durch Entnahme von Bodenbestandteilen wie Steine, Mineralien, Kalk) verbunden sein kann (KGJ 24 A 119; RJA 7, 254; OLG 10, 413; 15, 359; 26, 99). Rein schuldrechtliche Verpflichtungen können ebensowenig, wie bei Grunddienstbarkeiten, Gegenstand der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein (z. B. nicht die Verpflichtung, verkaufte Bäume zu fällen und durch den anderen wegnehmen zu lassen, RG 60, 319, oder ein Recht auf Entziehung eines Grundstücks, KGJ 25 A 148, vgl. § 1018 A 4). — Das Recht muß nach §§ 1090 Abs 1, 1019 ferner für den Berechtigten einen wirtschaftlichen Vorteil, zu dem auch eine Annehmlichkeit (z. B. Besuch von Parkanlagen; Erhaltung eines bestimmten Charakters einer Gegend) gehört (vgl. RG 14, 214; 61, 342; KGJ 45, 229), bieten, ein privatrechtliches Interesse für ihn haben (KGJ 45, 229); lediglich öffentliches Interesse (z. B. an Durchführung polizeilicher Vorschriften, Einhaltung der Fluchtlinie oder baupolizeiliche Beschränkungen) genügt nicht (RG 61, 341; KGJ 36 A 216; 40, 247; 42, 246; 47, 186; RJA 10, 72). Vgl. hierüber § 1019 A 5. Ein solcher Vorteil zufolge Grundstücksbenutzung ist dann nicht gegeben, wenn einem Maschinenfabrikanten das Recht gewährt ist, eine an den Eigentümer des Grundstücks unter Vorbehalt des Eigentums verkaufte Maschine auf dem Grundstück zu haben. Denn aus dem Haben auf dem Grundstücke zieht der Fabrikant keinen dauernden Vorteil, vielmehr ist dieses Haben für ihn eher eine Last, weil der Eigentümer die Maschine benutzen darf. Einen Vorteil hat er nur aus dem Verkauf der Maschine nebst Eigentumsvorbehalt, nicht aus dem Grundstücke des Schuldners. Daher kann eine Dienstbarkeit mit dem genannten Inhalte nicht bestellt werden (str.; RJA 9, 140). Dagegen besteht ein wirtschaftlicher Vorteil z. B.: im Falle einer Wohnungsbeschränkung zugunsten eines Bauvereins, der den gemeinnützigen Zweck verfolgt, minderbemittelten Personen gesunde Wohnungen zu beschaffen (RJA 10, 72; auch KGJ 45, 228); wenn durch eine zugunsten einer Invalidenversicherungsanstalt gleichzeitig mit einer Hypothek für ein Baugelddarlehn bestellte Dienstbarkeit die Beleihung des Grundstücks zu einer Veranstaltung gemacht wird, die überwiegend der versicherungspflichtigen Bevölkerung zugute kommt (KGJ 42, 244).

6. Als eine **sonstige Befugnis, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann,** kommt, da im § 1090 Abs 1 der erste Fall des § 1018, Berechtigung zum Benutzen des Grundstücks in einzelnen Beziehungen, bereits vorweg als zulässiger Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bestimmt ist, und da der dritte Fall des § 1018, Ausschluß der Ausübung eines gesetzlichen Benutzungsrechts, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke dem anderen Grundstücke gegenüber ergibt (Legalservitut), für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, weil deren Inhaber nicht ein Grundstück, sondern eine Person ist, keine Bedeutung hat (s. unten; str.; a. M. RJA 10, 72; KGJ 51, 248), nur der zweite Fall des § 1018, die Unterlassung gewisser Handlungen auf dem Grundstücke, in Betracht. Über diesen für die Grunddienstbarkeit und also auch für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit zulässigen Inhalt vgl. § 1018 A 8. Hervorzuheben ist, daß eine Dienstbarkeit für eine juristische Person (z. B. eine Stadtgemeinde, eine Versicherungsanstalt, insbesondere auch zur Förderung gemeinnütziger Zwecke, s. A 5), z. B. dahin zulässig ist, daß auf dem belasteten Grundstücke für eine gewisse Zeit keine gewerblichen Betriebe stattfinden, keine Bauten an einer Straße über eine bestimmte Höhe hinaus, keine Fabrikanlagen, keine Verkaufsläden, Schankwirtschaften eingerichtet werden (OLG 5, 316; 10, 118; 21, 37 Anm.; KGJ 36 A 216; 39 A 212; 42, 245; 45, 228), nur Personen bestimmter Art und Zahl wohnen dürfen (KGJ 36 A 216: 42, 245). Die dem Eigentümer des belasteten Grundstücks obliegende Unterlassungspflicht darf aber nur auf Beschränkung in der tatsächlichen Herrschaft gerichtet sein. Eine Beschränkung in der rechtlichen Verfügung über das Grundstück (z. B. ein Verbot der Teilung, der Verpachtung, der Nießbrauchsbestellung, der Übertragung des Eigentums an eine andere Person) kann den Inhalt einer Dienstbarkeit nicht bilden (OLG 21, 407; KGJ 45, 229). In KGJ 49, 195 ist angenommen, daß eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit für den Eigentümer von Bergwerksanlagen (eine Aktiengesellschaft) auf Duldung von schädlichen Einwirkungen aus dem Betrieb der Anlagen bestellt werden kann. Dem ist nicht beizustimmen, da für diese Dienstbarkeit der Fall der Ausschließung einer Legalservitut nicht in Betracht kommt (s. oben) und es sich weder um Benutzen eines Grundstücks in einzelnen Be-

ziehungen noch um Unterlassungen handelt. Es kann nur eine Grunddienstbarkeit für das Bergwerkseigentum, zu dessen Bestandteilen die Anlagen gehören, bestellt werden (vgl. § 1018 A 9). Entsprechendes gilt hinsichtlich der in KGJ 51, 249 angenommenen Zulässigkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für den Oberlieger an einem Privatfluß gegenüber dem Eigentümer eines unterliegenden Grundstücks auf Duldung der Zuführung von Wasser aus dem Grundstücke des Oberliegers in den Privatfluß über den durch Niederschlags-, Haus- und Wirtschaftswässer bestimmten Umfang hinaus; es kann auch hier nur die Bestellung einer Grunddienstbarkeit für das Grundstück des Oberliegers in Frage kommen. — Zu einem Tun kann auch (vgl. § 1018 A 4) eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht bestehen. Ein solches (z. B. eine Fähre dauernd zu unterhalten und im Betriebe zu erhalten) kann nur Gegenstand einer Reallast (§ 1105) sein (OLG 26, 101).

7. Entsprechende Anwendung finden: die §§ **1020** Satz 1 (Schonung der Interessen des Eigentümers bei Ausübung der Dienstbarkeit); **1020** Satz 2, **1021, 1022** (Unterhaltungspflicht einer zur Ausübung der Dienstbarkeit gehörenden Anlage); **1023** (Verlegung der Dienstbarkeit, wenn deren jeweilige Ausübung sich auf einen Grundstücksteil beschränkt), **1024** (Regelung der Ausübung der Dienstbarkeit beim Zusammentreffen mit anderen Dienstbarkeiten oder sonstigen Benutzungsrechten); **1026** (im Falle der Teilung des belasteten Grundstücks Freiwerden der Teile, die außerhalb des Bereichs der auf einen bestimmten Teil beschränkten Ausübung der Dienstbarkeit liegen); **1027** (Klage aus § 1004 wegen Beeinträchtigung der Dienstbarkeit; vgl. **RG** 77, 218 u. § 1027 A 4); **1028** (Verjährung des Anspruchs und Untergang der Dienstbarkeit im Falle deren Beeinträchtigung durch eine Anlage); **1029** (Besitzesschutz für jeden, der sich in Ausübung einer eingetragenen Dienstbarkeit befindet, ohne daß er selbst im Grundbuch eingetragen zu sein braucht; dazu die Übergangsvorschriften in Art 191 EG); **1061** (Untergang der Dienstbarkeit durch Tod der natürlichen oder Erlöschen der juristischen Person). In letzterer Hinsicht ist zu bemerken, daß durch Konkurseröffnung eine Genossenschaft nach §§ 98ff. GenG erlischt (RJA 10, 195); nicht dagegen eine Aktiengesellschaft (vgl. § 307 Abs 2 HGB; RJA 10, 195), auch nicht eine Gesellschaft m. b. H. (vgl. § 60 Nr 4 GmbHG; RJA 10, 195; OLG 26, 100). Die letzteren Gesellschaften bleiben bis zur völligen Aufteilung ihres Vermögens bestehen und bis dahin besteht auch eine für sie bestellte Dienstbarkeit trotz der Konkurseröffnung (OLG 26, 100).

§ 1091

Der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bestimmt sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten[1]**).**

E I 1046 II 1000; M 3 567; P 3 436.

1. Da nur **im Zweifel das persönliche Bedürfnis des Berechtigten** maßgebend sein soll, gibt § 1091, abweichend von § 1019, lediglich eine Auslegungsregel; daher kann der Umfang der Dienstbarkeit durch Vereinbarung der Beteiligten so bestimmt werden, daß er das persönliche Bedürfnis des Berechtigten überschreitet oder auch hinter ihm zurückbleibt (**RG** 60, 320; RJA 7, 257; OLG 15, 372). So z. B. kann bestimmt werden: daß die Entnahme von Bodenbestandteilen zum Zwecke des Verkaufs im Gewerbebetriebe des Berechtigten soll stattfinden dürfen (vgl. **RG** 60, 319; RJA 7, 254); daß zugunsten einer Bodengesellschaft die Erwerber von Grund und Boden die Einrichtung öffentlicher Vergnügungs- oder Schankwirtschaften unterlassen sollen, damit wegen günstigeren Verkaufs der anderen Ländereien dem betreffenden Ortsteil ein ruhiger und vornehmerer Charakter verschafft wird (OLG 15, 372). Ferner ist das „persönliche Bedürfnis" des § 1091 im weiteren Sinne aufzufassen, so daß darunter auch z. B. das Bedürfnis der Haushaltung oder des Geschäftsbetriebs des Berechtigten fällt (M 3, 567; RJA 7, 257). Bei der Bestellung einer Dienstbarkeit für mehrere Personen (s. § 1090 A 4) kann bestimmt sein, daß jeder Berechtigte sie ganz oder zum Teil ausüben kann. Letzteres wird meist der Fall sein, wenn die Dienstbarkeiten in Nutzungen bestehen, die der Menge nach bestimmt sind.

§ 1092

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nicht übertragbar[1]**). Die Ausübung der Dienstbarkeit kann einem anderen nur überlassen werden, wenn die Überlassung gestattet ist**[2]**).**

E I 1047 II 1001; M 3 567 f.; P 3 436.

1. Da die Dienstbarkeit **nicht übertragbar** ist (z. B. auch nicht ein Ausgedinge, soweit es aus beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten besteht, KGJ 40, 250), kann sie auch nicht mit einem Nießbrauch (§ 1099 Abs 2) oder mit einem Pfandrecht (§ 1274 Abs 2) belastet werden und gehört sie nicht zur Konkursmasse des Berechtigten (§ 1 KO). Gepfändet kann sie

nur werden, wenn die Überlassung der Ausübung gestattet ist (§ 857 Abs 3 ZPO). Sie ist auch nicht vererblich (§§ 1090, 1061). Vgl. aber über Bestellung einer Dienstbarkeit für mehrere, die auch einander als Berechtigte folgen, § 1090 A 3.

2. Die **Ausübung** der Dienstbarkeit kann **einem anderen** nur **überlassen** werden, wenn der Verpflichtete dies gestattet hat. Diese Gestattung muß, um gegen Dritte Wirkung zu haben, gemäß § 873 im Grundbuch eingetragen sein. Dagegen ist die Überlassung durch den Berechtigten an einen anderen der Eintragung nicht fähig. Wird die Dienstbarkeit ohne Gestattung von einem Dritten ausgeübt, so hat der Eigentümer gegen diesen die Eigentumsstörungsklage gemäß § 1004 Abs 1. Aber auch wenn die Überlassung der Ausübung an einen anderen gestattet ist, kann dieser, da er dadurch kein dingliches Recht erlangt, die Ausübung nicht durch Klage gegen den Eigentümer erzwingen, sondern sich gegen dessen Klage nur mit der Einrede der Gestattung gemäß § 1004 Abs 2 schützen.

§ 1093

Als beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann auch das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes unter Ausschluß des Eigentümers als Wohnung zu benutzen[1]). Auf dieses Recht finden die für den Nießbrauch geltenden Vorschriften der §§ 1031, 1034, 1036, des § 1037 Abs 1 und der §§ 1041, 1042, 1044, 1049, 1050, 1057, 1062 entsprechende Anwendung[2]).

Der Berechtigte ist befugt, seine Familie sowie die zur standesmäßigen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen[3]).

Ist das Recht auf einen Teil des Gebäudes beschränkt, so kann der Berechtigte[4]) die zum gemeinschaftlichen Gebrauche der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen mitbenutzen[5]).

E I 1050 II 1002; M 3 570 f.; P 3 437.

1. § 1093 betrifft den Fall, daß dem Berechtigten ein Gebäude oder Gebäudeteil als **Wohnung unter Ausschluß des Eigentümers zur Benutzung eingeräumt** ist. Ist der Eigentümer nicht ausgeschlossen, so finden nur §§ 1090—1092, nicht 1093 Anwendung. — Das Wohnungsrecht kann unentgeltlich oder gegen Entgelt, auch gegen jährliche Zahlung einer bestimmten oder nach dem jeweiligen Mietwerte der Wohnung zu bestimmenden Geldsumme eingeräumt werden (**RG** 54, 233). Der Berechtigte ist aber nur schuldrechtlich zur Zahlung des Entgelts verpflichtet. Jedoch kann die Beendigung des Wohnungsrechts an die auflösende Bedingung der Nichtzahlung des Entgelts geknüpft werden. Wird bei Bestellung des Wohnungsrechts bedungen, daß darauf die Vorschriften über ein Mietverhältnis Anwendung finden sollen, so ist es, da es in Wahrheit ein Mietrecht ist, nicht eintragungsfähig (KGJ 24 A 121). — Vom Nießbrauch unterscheidet sich das Wohnungsrecht dadurch, daß bei diesem nur eine bestimmte Art der Nutzung eingeräumt wird, der Nießbrauch dagegen begrifflich alle Nutzungen umfaßt, von denen nur einzelne ausgenommen sein können. — Die Gewährung einer Wohnung kann auch als Reallast (§ 1105) begründet sein (z. B. wenn ein Mitbenutzungsrecht eingeräumt ist) oder als persönliche Verpflichtung bestehen (vgl. **RG** Warn 09 Nr 69) oder mit einer Reallastberechtigung (z. B. einem Beköstigungsrecht oder einem Recht auf Leistung von Naturalien, Stellung von Fuhren u. dgl.) verbunden sein (**RG** Gruch 46, 131; RJA 4, 181). Im einzelnen Falle ist zu untersuchen, was unter Wohnungsrecht verstanden ist. — Gebäude oder Gebäudeteil muß als Wohnung eingeräumt sein, nicht z. B. als Fabrikraum. Doch kann der Wohnungsberechtigte in der Wohnung seine Geschäfte verrichten. — Eine vertragsmäßige Ausdehnung des Wohnungsrechts ist zulässig, bedarf aber zur dinglichen Wirksamkeit der besonderen Einschreibung in das Grundbuch. Begrifflich ausgeschlossen ist, daß als Inhalt eines Wohnungsrechts die Verpflichtung des Eigentümers des dienenden Grundstücks zu Leistungen, insbesondere zur Instandhaltung des Gebäudes oder Gebäudeteils bestimmt wird; tatsächlich handelt es sich bei einer solchen Festsetzung um Begründung eines Mietrechts oder einer Reallast (KGJ 24 A 122).

2. Aus der **entsprechenden Anwendung** der im Abs 1 Satz 2 genannten, für den Nießbrauch geltenden Vorschriften ergibt sich: das Wohnungsrecht erstreckt sich im Zweifel auch auf das Zubehör (**§ 1031**); der Berechtigte kann den Zustand des Gebäudes durch Sachverständige feststellen lassen (**§ 1034**), ist zum unmittelbaren Besitze des Gebäudes oder Gebäudeteils berechtigt, hat nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren (**§ 1036**), darf das Gebäude oder den Gebäudeteil nicht verändern oder wesentlich umgestalten (**§ 1037**

Abs 1), hat die gewöhnliche Unterhaltungspflicht (**§ 1041**), die Anzeigepflicht hinsichtlich Schäden usw. (**§ 1042**) und die Pflicht zur Gestattung der Ausbesserung und Erneuerung (**§ 1044**). Eine Verpflichtung, die Verwendung der im § 1043 bezeichneten Bestandteile des Grundstücks dem Eigentümer zu gestatten (§ 1044 Schlußhalbs), kommt hier nicht in Frage, weil § 1043 auf das Wohnungsrecht nicht Anwendung findet. Für Verwendungen, die er machte, ohne dazu verpflichtet zu sein, kann er Ersatz verlangen, und eine Einrichtung, mit der er das Gebäude versah, darf er wegnehmen (**§ 1049**). Veränderungen und Verschlechterungen, die durch ordnungsmäßige Ausübung des Wohnungsrechts herbeigeführt sind, hat er nicht zu vertreten (**§ 1050**). Die Ansprüche des Eigentümers wegen Veränderung oder Verschlechterung des Gebäudes und die des Berechtigten auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in 6 Monaten (**§ 1057**). Die Aufhebung des Wohnungsrechts an einem Gebäude oder Gebäudeteil durch Rechtsgeschäft hat auch die Aufhebung des Wohnungsrechts an dem Zubehör zur Folge (**§ 1062**). Die Pflicht der Zurückgabe der Sache nach Beendigung des Wohnungsrechts (§ 1055) ergibt sich aus der Natur dieses Rechtes. An Stelle der §§ 1059, 1060, 1061, 1065 treten §§ 1090 Abs 2, 1092 in Verbindung mit §§ 1024, 1027, 1061. Es finden nicht entsprechende Anwendung: §§ 1045, 1046 (Versicherungspflicht des Nießbrauchers), 1051—1054 (Recht des Eigentümers auf Sicherheitsleistung, Anordnung einer Verwaltung, Unterlassung eines unzulässigen Gebrauchs), 1056 (Dauer des Mietvertrags über die Beendigung des Nießbrauchs hinaus), 1058 (durch das Wohnungsrecht entstehen also nur Rechte und Pflichten zwischen dem Wohnungsberechtigten und dem Eigentümer, nicht auch dem Besteller, falls dieser nicht Eigentümer ist).

3. Welche **Personen** zur Familie gehören oder zur standesmäßigen Bedienung und Pflege erforderlich sind und daher **in die Wohnung aufgenommen** werden dürfen, bestimmt sich im einzelnen Falle nach der Auffassung des Lebens (vgl. SeuffA 1 Nr 250; 13 Nr 50; 20 Nr 237). Zur entgeltlichen oder unentgeltlichen Überlassung der Wohnung an andere als die im Abs 2 bezeichneten Personen ist der Berechtigte nur gemäß § 1092 Satz 2 befugt. Jedoch unterliegt die Vorschrift des Abs 2 ebenso wie die des Abs 1 und des Abs 3 der Abänderung durch Vereinbarung der Beteiligten, die aber zur dinglichen Wirkung der besonderen Einschreibung in das Grundbuch bedarf.

4. Nicht bloß der **Berechtigte,** sondern auch die nach Abs 2 mit aufgenommenen Personen sind zur Mitbenutzung der betreffenden Anlagen und Einrichtungen befugt.

5. Betreffs der Landesgesetzgebung vgl. § 1090 A 1 und Art 96 EG (Leibgedings-, Leibzuchts-, Altenteils-, Auszugsverträge). Wegen Übergangsvorschriften vgl. ebenfalls § 1090 A 1. Insbesondere gilt das, was dort hinsichtlich der Notwendigkeit und Zulässigkeit der Eintragung einer zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bemerkt worden ist, auch für das Wohnungsrecht (vgl. **RG** Gruch 46, 131).

Sechster Abschnitt

Vorkaufsrecht

§ 1094

Ein Grundstück[1]) kann in der Weise[2]) belastet werden[3]), daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigentümer[4]) gegenüber zum Vorkaufe berechtigt ist[5]).

Das Vorkaufsrecht kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden[6]).

E I 952 II 1003; M 3 448 ff., 452; P 3 752 ff.

1. Im Gegensatze zum persönlichen Vorkaufsrechte (§ 504 „Gegenstand") kann das dingliche Vorkaufsrecht nur an einem **Grundstück** bestellt werden, nicht an beweglichen Sachen. Dem Grundstücke stehen gleich die Berechtigungen mit Grundstücksnatur, wie das Erbbaurecht (VO v. 15. 1. 19 § 11) und die in den Artt 63, 68 EG bezeichneten Rechte. Wegen des dinglichen Vorkaufsrechts an einem Bruchteil oder an einer bestimmten Teilfläche (realem Teil) eines Grundstücks vgl. § 1095 A 1, 2.

2. § 1094 bestimmt nur im allgemeinen **die Art und Weise** der aus der Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts sich ergebenden Grundstücksbelastung. In seiner Ergänzung enthalten die §§ 1097, 1098 des näheren Vorschriften über den zulässigen Inhalt der Belastung (vgl. die dortigen Anm).

3. Gemeint ist eine **Belastung durch Rechtsgeschäft** (s. § 873 A 5). Durch Ersitzung kann ein dingliches Vorkaufsrecht nicht begründet werden (§ 900). Ein gesetzliches dingliches Vorkaufsrecht ferner kennt das BGB nicht. Zwar steht den Miterben gemäß §§ 2034 ff. ein

gesetzliches Vorkaufsrecht mit dinglicher Wirkung zu, jedoch nur hinsichtlich des Anteils eines anderen Erben, nicht hinsichtlich der einzelnen Nachlaßgegenstände. Aber in den durch das EG der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebieten, z. B. im Bergrecht (Art 67), im Enteignungsrecht (Art 109; vgl. § 57 PrEnteignG v. 11. 6. 74, dazu **RG** 35, 306; 73, 316), im Familienfideikommißrecht (Art 59), im Anerbenrecht (Art 64) können auf Grund bestehender oder später erlassener (Artt 3, 128 EG) landesgesetzlicher Vorschriften gesetzliche Vorkaufsrechte (über Familienvorkaufs-, Retrakt-, Näherrechte vgl. **RG** JW 1912, 196[18]; KGJ 50, 182) begründet werden. Vgl. jedoch auch wegen Aufhebung der gesetzlichen Vorkaufsrechte in Preußen § 2 Nr 6, § 4 Ablösungsges. v. 2. 3. 50; dazu **RG** 5, 223; JW 1910, 846[93]; 1912, 196[18]. — Die Belastung mit einem dinglichen Vorkaufsrechte im Sinne des § 1094, zu der besonders bei Veräußerungen, aber auch in anderen Fällen, z. B. für den Mieter oder Pächter, Veranlassung gegeben sein kann (vgl. **RG** 59, 133; 60, 225; 67, 42), entsteht gemäß § 873 durch dingliche Einigung und Eintragung. Der (zur Bestellung des Vorkaufsrechts) Berechtigte im Sinne des § 873 Abs 1 ist hier der Grundstückseigentümer. Jedoch wird, wenn ein Käufer des Grundstücks vor der Auflassung ein Vorkaufsrecht bestellt, die Einigung zwischen ihm und dem Verkäufer durch spätere Eintragung seines Eigentums gemäß § 185 Abs 2 wirksam (**RG** 77, 87). In dem Eintragungsvermerke kann zur näheren Bezeichnung des Inhalts und Rechtes gemäß § 874 auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (Prot 3, 762). Hinsichtlich der Einigung gilt nichts anderes als sonst für die zu einer jeden Belastung eines Grundstücks mit einem dinglichen Rechte erforderlichen Einigung. Insbesondere bedarf sie nicht einer Form. Auch das Grundrechtsgeschäft, wodurch die Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts begründet wird, erfordert regelmäßig keine Form (vgl. hierüber § 873 A 7). Die in der Rechtslehre vertretene Meinung, daß das Grundrechtsgeschäft der Form des § 313 Satz 1 bedürfe, und gar die Meinung, daß auch eine Bindung des dinglichen Vertrags nicht früher eintrete, als bis diese Form erfüllt sei, daß aber im Falle der Eintragung des Vorkaufsrechts die etwa mangelnde Form unter entsprechender Anwendung des § 313 Satz 2 als geheilt anzusehen sei, kann nicht geteilt werden. Nach dem BGB ist das dingliche Vorkaufsrecht Belastung eines Grundstücks mit einem Recht im Sinne des § 873, und das Grundrechtsgeschäft hat nicht die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke zum Gegenstande, sondern die Verpflichtung zur Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechtes am Grundstück. Die Streitfrage, ob der schuldrechtliche Vertrag, wodurch ein persönliches Vorkaufsrecht in Ansehung eines Grundstücks eingeräumt wird, der Form des § 313 Satz 1 bedürfe, weil durch ihn bedingt die Verpflichtung zur Übertragung von Grundeigentum übernommen werde (**RG** 59, 132; 67, 42), oder ob diese Form nicht erforderlich sei, weil eine solche Verpflichtung erst durch den Abschluß des Kaufvertrags mit dem Dritten begründet werde (**RG** 60, 225), ist durch **RG** (VZS) 72, 385 im ersteren Sinne entschieden worden. Für das dingliche Vorkaufsrecht jedoch kommt diese Streitfrage nicht in Betracht (vgl. **RG** 67, 47). Von der 2. Kommission ist auch die Ausdehnung des Formzwangs auf die (schuldrechtlichen) Grundrechtsgeschäfte für andere Rechte an Grundstücken als das Eigentum (Vorkaufsrechte, Erbbaurechte, Dienstbarkeiten, Reallasten, hypothekarische Rechte) ausdrücklich abgelehnt worden, weil die Formalisierung des dinglichen Vertrags hier genüge (Prot 1, 463). — Für die rechtsgeschäftliche Aufhebung und Änderung des Inhalts des dinglichen Vorkaufsrechts sind die §§ 875, 876, 877 maßgebend (vgl. § 21 GBO). Über Erlöschen des subjektiv persönlichen Vorkaufsrechts durch Ausschließung s. § 1104, und über Erlöschen des nur für einen Verkaufsfall bestehenden Vorkaufsrechts zufolge Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks sowie durch Verwirkung der Ausübung s. § 1097 A 1, 2. — Wegen der Übertragbarkeit und Vererblichkeit s. § 1098 A 2, auch § 1103 A 1.

4. Unter dem vorkaufsverpflichteten **Eigentümer** ist, wenn das Vorkaufsrecht nur für einen Verkaufsfall besteht (§ 1097 Halbs 1), der ursprüngliche Eigentümer zu verstehen, und, wenn das Vorkaufsrecht für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt ist (§ 1097 Halbs 2), der jeweilige Eigentümer, der einen Kaufvertrag über das Grundstück mit einem Dritten abschließt (s. § 1097 A 1, 4; § 1098 A 1).

5. **Zum Vorkaufe berechtigt** kann auch eine juristische Person sein. — Das Vorkaufsrecht ist gegenüber dem vorkaufsverpflichteten Eigentümer eine Grundstücksbelastung mit dem Inhalte, daß für den Fall des Abschlusses eines Kaufvertrags mit einem Dritten der Berechtigte befugt ist, in den Kaufvertrag in dem Sinne einzutreten, daß der Kauf als zwischen ihm und dem Verpflichteten unter den mit dem Dritten vereinbarten Bestimmungen zustande gekommen gilt (§§ 505, 1098). Ein Veräußerungsverbot (s. §§ 135ff.) mit der Wirkung der Sperre des Grundbuchs enthält es nicht. Der Eigentümer ist an Veräußerungen und Belastungen nicht gehindert (s. § 1098 A 5). Gegenüber dritten Erwerbern nach Abschluß eines Kaufvertrags aber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung (s. § 1098 Abs 2 und A 5 dort). — Von dem Wiederkaufsrechte (§§ 497—503) unterscheidet es sich besonders dadurch, daß die Festsetzung eines bestimmten Kaufpreises nicht zulässig ist (s. § 1098 A 2), dagegen das

Wiederkaufsrecht die Rücküberlassung für einen bestimmten Preis zum Ziele hat. Letzteres Recht kann auch als dingliches überhaupt nicht bestellt werden (M 3, 451; Prot 3, 766). Jedoch in den durch das EG der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebieten, z. B. im Rentengüterrecht (Art 62), können durch Landesgesetz dingliche Wiederkaufsrechte zugelassen werden (**RG** 84, 100; KGJ 45, 225; 50, 178). — Für die Übergangszeit s. Artt 168, 184, 189 EG. Bestehende dingliche Vorkaufsrechte des bisherigen Rechtes, die nicht eingetragen sind, bedürfen zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung, da eine dem Art 187 EG entsprechende Vorschrift für Vorkaufsrechte nicht gegeben ist. Auf Miteigentum oder Gemeinschaft beruhende dingliche Vorkaufsrechte des bisherigen Rechtes sind mit dem Inkrafttreten des BGB aufgehoben (Artt 173, 181 EG).

6. Das **zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks** bestellte (subjektiv-dingliche) Vorkaufsrecht kann gemäß § 9 Abs 1 GBO auch auf dem Grundbuchblatte des berechtigten Grundstücks vermerkt werden. — Wird das berechtigte Grundstück geteilt, so ist das Recht von allen Teileigentümern gemeinschaftlich und im ganzen auszuüben. Vgl. hierüber § 1103 A 1.

§ 1095

Ein Bruchteil eines Grundstücks¹) kann mit dem Vorkaufsrechte nur belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht²).

E I 953 II 1004; M 3 454; P 3 763.

1. Aus dem Worte **„Bruchteil"** folgt, daß ein Vorkaufsrecht an dem Anteil eines Gesamthandeigentümers (z. B. eines Miterben, eines Gesellschafters) nicht bestellt werden kann (vgl. RJA 3, 43; 3, 92). — Eine bestimmte Teilfläche (realer Teil) eines Grundstücks kann für sich allein mit einem Vorkaufsrecht belastet werden, da die Grundstücksteile nicht wesentliche Bestandteile (§ 93) sind. Der Teil ist dann gemäß §§ 4, 6 GBO als selbständiges Grundstück zu buchen. Belastung des ganzen Grundstücks mit einem auf einen bestimmten Teil beschränkten Vorkaufsrecht ist nicht zulässig, da eine Berechtigung zum Vorkaufe im Sinne des § 1094 bezüglich der anderen Teile nicht bestehen soll und nicht besteht (str.; a. M. RJA 2, 104).

2. Da nur der **Anteil eines Miteigentümers** (vgl. §§ 741, 747, 1008) belastet werden darf, kann weder der Alleineigentümer an einem Bruchteil seines Grundstücks noch der Miteigentümer an einem Bruchteile seines Anteils ein Vorkaufsrecht bestellen (M 3, 454; vgl. RJA 3, 104). Gleiches gilt für die Reallast (§ 1106) und die Hypothek (§ 1114). Anders beim Nießbrauch (§ 1030 „Sache"). — Nach § 1009 ist ein Vorkaufsrecht an dem Anteile des Miteigentümers auch zugunsten des anderen Miteigentümers zulässig.

§ 1096

Das Vorkaufsrecht kann auf das Zubehör¹) erstreckt werden²), das mit dem Grundstücke verkauft wird³). Im Zweifel²) ist anzunehmen, daß sich das Vorkaufsrecht auf dieses Zubehör erstrecken soll.

E II 1005; P 3 761 ff.

1. Das **Zubehör** (§§ 97, 98) braucht nicht im Eigentum des Vorkaufspflichtigen gestanden zu haben, da der Berechtigte, wenn der Verpflichtete das ihm nicht gehörende Zubehör mitverkauft hat, zufolge Eintritts in den Kauf ebenso wie der Käufer Verschaffung des Eigentums an allen mitverkauften Zubehörstücken vom Verpflichteten verlangen kann (vgl. Prot 3, 762). Der Berechtigte erlangt Eigentum an dem dem Verpflichteten gehörenden Zubehör gemäß § 926 Abs 1 mit der Auflassung und an dem nicht dem Verpflichteten gehörenden Zubehör gemäß § 926 Abs 2 mit dem Besitzerwerb in gutem Glauben.

2. Die **Erstreckung,** die bei der Bestellung des Vorkaufsrechts von den Beteiligten besonders vereinbart werden kann (Satz 1) und, entsprechend dem § 314, im Zweifel als vereinbart gilt (Satz 2), ist weder eintragungsbedürftig noch eintragungsfähig, da das Grundbuch nicht dazu bestimmt ist, über Zubehörstücke Auskunft zu geben (str.).

3. Auf das Zubehör, das nicht zusammen **mit dem Grundstück verkauft** wird, erstreckt sich das Vorkaufsrecht nicht.

§ 1097

Das Vorkaufsrecht beschränkt sich¹) auf den Fall des Verkaufs²) durch den Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört, oder durch dessen Erben³); es kann jedoch auch für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt werden⁴).

E I 952 II 1006; M 3 452; P 3 757; 6 245.

1. **Beschränkt sich das Vorkaufsrecht** mangels einer anderen Bestimmung der Beteiligten **auf den einmaligen Verkaufsfall** des Halbs 1, so erlischt es, wenn es bei der ersten Verkaufsgelegenheit seit der Bestellung nicht oder nicht rechtzeitig ausgeübt wird (§§ 510, 1099) oder wenn das Grundstück in das Eigentum eines Sondernachfolgers gelangt, dessen Erwerb auf einem anderen Rechtsgrunde als Kauf (z. B. auf Tausch, Schenkung, Einbringung in eine Gesellschaft, Überweisung bei Aufhebung einer Gemeinschaft) beruht (KGJ 40 A 134; vgl. § 1098 A 2). Der Eigentümer kann Berichtigung seines Grundbuchs durch Löschung verlangen (§§ 894, 899; GBO § 22). Auch wenn der Eigentümer oder sein Erbe das Grundstück demnächst etwa wiedererlangt, lebt das Recht nicht wieder auf.

2. Dem **Verkaufe** aus freier Hand steht gleich (vgl. **RG** 23, 357; 36, 358; JW 97, 77[1]) die Zwangsversteigerung auf Antrag des Erben (§§ 175, 179 ZVG), sowie die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft (§§ 180—184 ZVG). In diesem Verfahren ist die Geltendmachung des Vorkaufsrechts zulässig und muß daher das nur auf einen Verkaufsfall gestellte Recht, wenn es nicht erlöschen soll, ausgeübt werden (M 2, 350). Gleiches gilt gemäß § 1098 Abs 1 Satz 2 (anders wie beim persönlichen Vorkaufsrechte nach § 512), wenn der Konkursverwalter das Grundstück aus freier Hand verkauft. Wenn dagegen der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter im Wege der Zwangsversteigerung nach §§ 172ff. ZVG erfolgt, erlischt gemäß §§ 512, 1098 Abs 1 Satz 1 (ebenso wie das persönliche) das dingliche *einmalige* Vorkaufsrecht. Ist zur Zeit der Konkurseröffnung das Grundstück bereits verkauft, erklärt aber der Konkursverwalter, gemäß § 17 KO den Verkauf nicht erfüllen zu wollen, so ist ein Verkaufsfall nicht als eingetreten anzusehen.

3. Aus der Gleichstellung des **Verkaufs durch den Erben** mit dem durch den Besteller ergibt sich, daß das Vorkaufsrecht auf der Seite des Verpflichteten vererblich ist. Jedoch ist eine (eintragungsbedürftige) Vereinbarung zulässig, daß das Vorkaufsrecht mit dem Tode des Bestellers erlöschen soll. Über Vererblichkeit auf seiten des Berechtigten s. § 1098 A 2. — Im Falle des Verkaufs an einen gesetzlichen Erben, sog. Kindskaufs, kann das einmalige Vorkaufsrecht weder in diesem Falle, noch wenn der Käufer demnächst weiterverkauft, ausgeübt werden, vielmehr erlischt es gemäß §§ 511, 1098, da sich das Recht auf den Kindskauf nicht erstreckt (str.).

4. Ist das Vorkaufsrecht durch besondere Vereinbarung **für mehrere oder für alle Verkaufsfälle** bestellt (vgl. **RG** 77, 84), so besteht es, auch wenn es in einem Verkaufsfalle nicht ausgeübt oder auf seine Ausübung in diesem Falle verzichtet (durch Erlaßvertrag: § 1098 A 2) wird, für spätere Fälle des Verkaufs seitens der neuen Eigentümer fort (**RG** JW 1911, 976[8]). Im Falle des Verkaufs *im Wege der Zwangsvollstreckung* oder durch den *Konkursverwalter* gemäß §§ 172ff. ZVG (s. A 2) kann das Recht zwar gegenüber dem Ersteher nicht ausgeübt werden; wenn es jedoch dem betreibenden Gläubiger im Range vorgeht und daher gemäß § 44 ZVG in das geringste Gebot aufzunehmen ist, bleibt es für künftige Verkaufsfälle bestehen, während andernfalls es gemäß § 91 ZVG erlischt und nur Ersatz des Wertes, falls sich ein solcher feststellen läßt (str.), aus dem Erlöse nach § 92 ZVG verlangt werden kann. — Die Vereinbarung betrifft den Inhalt des dinglichen Rechtes und bedarf daher gemäß §§ 873, 877 der *Eintragung*. Fehlt diese, so ist die Vereinbarung gegenüber einem Erwerber des Grundstücks auch dann nicht wirksam, wenn er sie gekannt hat, da das Grundbuch nicht im Sinne des § 892 unrichtig ist (str.).

§ 1098

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten¹) bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 504 bis 514²). Das Vorkaufsrecht kann auch dann ausgeübt werden, wenn das Grundstück von dem Konkursverwalter aus freier Hand verkauft wird³).

Dritten⁴) gegenüber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums⁵).

E I 954, 957, 958 II 1007; M 3 454 f., 457, 460; P 3 757 f., 761; 6 245 f.

1. Dem **Rechtsverhältnisse zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten** wird durch Abs 1 Satz 1 in Ergänzung des § 1094 Abs 1 der nähere Inhalt gegeben. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem dritten Erwerber regelt sich nach den §§ 1099 bis 1102. Unter dem Verpflichteten versteht Abs 1 nicht nur den Besteller und seinen Erben, sondern auch die Sondernachfolger, gegenüber denen im Falle eines für mehrere Verkaufsfälle gemäß § 1097 Halbs 2 bestellten Vorkaufsrechts dieses wirksam ist.

2. Da der Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts **sich nach den Vorschriften der §§ 504 bis 514 bestimmen** soll, und der Inhalt dinglicher Rechte, zu denen auch das dingliche Vor-

kaufsrecht gehört, wenn es auch nach § 1098 Abs 2 Dritten gegenüber nur die Wirkung einer Vormerkung hat (**RG** 84, 107; KGJ 51, 275), nicht der freien Vereinbarung unterliegt, sind diese für das persönliche Vorkaufsrecht nur mangels anderer Vereinbarung geltenden Vorschriften für das dingliche Vorkaufsrecht zwingend, so daß eine Erweiterung seines Umfangs darüber hinaus unwirksam ist (E I 959; Prot 3, 765; vgl. **RG** 72, 388; Warn 1914 Nr 50; KGJ 51, 275). Deshalb ist z. B. gegenüber der Vorschrift des § 505 Abs 2, wonach mit der Ausübung des Vorkaufsrechts der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen zustande kommt, die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts mit der Festsetzung, daß von dem Berechtigten ein bestimmter Preis zu entrichten sei, nicht zulässig (**RG** Warn 1914 Nr 50; OLG 4, 69; RJA 5, 120; KGJ 43, 223; SeuffA 59 Nr 56; vgl. aber über Zulässigkeit der Sicherung eines persönlichen Vorkaufsrechts mit festbestimmtem Preise durch Vormerkung § 883 A 10). — Im übrigen ist bezüglich der Anwendung der §§ 504—514 folgendes zu bemerken: Nach **§ 504** ist zur Ausübung des Rechtes erforderlich, daß über das belastete Grundstück oder einen Teil davon (M 2, 346) in gehöriger Form (§ 313) und auch sonst rechtsgültig ein *Kaufvertrag* abgeschlossen ist. Ein anderer entgeltlicher oder unentgeltlicher Vertrag (z. B. Tausch, Schenkung, Einbringung in eine Gesellschaft, Überweisung bei Aufhebung einer Gemeinschaft, vgl. **RG** JW 95, 528[38], § 1097 A 1) berechtigt zur Ausübung des Rechtes nicht. Über den sog. *Kindskauf* (**§ 511**) vgl. § 1097 A 3 und über die *Zwangsversteigerung* im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter (**§ 512**) vgl. § 1097 A 2, 4. Ferner betreffen: **§ 506** *unwirksame Vereinbarungen* mit dem Dritten; **§ 507** vereinbarte *Nebenleistungen*, die der Vorkaufsberechtigte nicht zu bewirken vermag (ist das dingliche Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle bestellt, so wird durch den Ausschluß der Ausübung in diesem Verkaufsfalle nicht das Vorkaufsrecht für spätere Verkaufsfälle beseitigt, **RG** JW 1911, 976[8]); **§ 508** den Fall des sog. *Mengekaufs* (Gesamtpreis für das Grundstück und andere Gegenstände; der Vorkaufsberechtigte hat einen verhältnismäßigen Teil des Gesamtpreises zu entrichten, vgl. **RG** JW 1911, 956[33]); **§ 509** die *Stundung des Kaufpreises*; **§ 513** das *gemeinschaftliche Vorkaufsrecht* mehrerer. Vgl. hierüber die Anmerkungen zu diesen Paragraphen. Über den Fall, daß mehreren deswegen das Vorkaufsrecht zukommt, weil beim subjektiv-dinglichen Vorkaufsrecht *das herrschende Grundstück geteilt* wird, vgl. § 1103 A 1. — Die nach **§ 510** Abs 1 von dem Verpflichteten unverzüglich (§ 121 Abs 1) zu erstattende, durch Mitteilung des Dritten ersetzbare (vgl. auch § 1099 Abs 1) *Mitteilung des Inhalts des mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrags*, wofür die §§ 130ff. gelten, bedarf keiner Form. Von der Mitteilung ab läuft gemäß § 510 Abs 2 für die Ausübung des Vorkaufsrechts die gesetzliche Frist von 2 Monaten (§§ 187, 188) oder die anderweit bestimmte Frist, deren Vereinbarung der Eintragung bedarf. Unterläßt der Verpflichtete die Mitteilung, so kann er sich schadensersatzpflichtig machen. Die Frist läuft dann nicht. Die Vorkaufsberechtigung dauert fort; sie ist zufolge der Eintragung unverjährbar (§ 902). Anderseits kann sie auch schon vor der Mitteilung ausgeübt werden. Sie ist bereits mit dem Abschlusse des Kaufvertrags erworben; der Vorkaufspflichtige kann nicht durch Vereinbarung mit dem Dritten von dem Kaufvertrage wieder abgehen, auch wenn das Vorkaufsrecht noch nicht ausgeübt worden ist (§ 506, M 2, 346). Das Recht zur Ausübung des Vorkaufsrechts erlischt nicht durch einseitige Verzichtserklärung innerhalb der genannten Frist. Vielmehr ist zum Erlöschen erforderlich eine vertragliche Vereinbarung des Berechtigten und des Verpflichteten, also ein Erlaßvertrag gemäß § 397 (**RG** JW 1912, 858[14]). Ist das Vorkaufsrecht für mehrere Verkaufsfälle bestellt, so erlischt es durch Nichtausübung in einem Falle nicht: § 1097 A 4. — Nach **§ 505** Abs 1 erfolgt die *Ausübung* des Rechtes durch formlose (einer förmlichen Zustellung auch nicht bedürfende, **RG** 84, 106) Erklärung des Berechtigten, und zwar gegenüber dem Verpflichteten auch dann, wenn das Eigentum an dem Grundstücke bereits auf den Käufer oder von diesem auf eine andere Person übertragen ist. Der nach § 505 Abs 2 mit der Erklärung *zustande kommende Kauf* ist ein neuer, selbständiger Vertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den vom letzteren mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen; nicht tritt der Berechtigte an Stelle des Dritten in den mit diesem geschlossenen Vertrag ein mit der Wirkung, daß das Vertragsrecht des Dritten erlischt. Vielmehr bleibt dieses Vertragsrecht an sich bestehen und, wenn der Verpflichtete wegen des Rechtes des Vorkaufsberechtigten sich außerstande sieht, den Vertrag dem Dritten gegenüber zu erfüllen, kann dieser wegen Nichterfüllung die Rechte aus §§ 325, 326 ausüben (**RG** JW 1911, 448[14]). Eigentum am Grundstück erlangt der Berechtigte durch Auflassung, die er vom Verpflichteten auf Grund des Vertrags verlangen kann (vgl. A 5). — Nach **§ 514** ist das Vorkaufsrecht, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, *nicht durch Rechtsgeschäft übertragbar* und auf seiten des Berechtigten *nicht vererblich*. Es kann daher auch nicht mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht (§§ 1069, 1274) belastet und nicht gepfändet (§§ 851, 857 ZPO) werden. Eine Vereinbarung der Übertragbarkeit oder der Vererblichkeit, die bei der Bestellung und auch noch nachher zulässig ist (RJA 5, 122), bedarf gemäß §§ 873, 877, da sie den Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts

betrifft, der Eintragung. Die durch Ausübung des Vorkaufsrechts dem Berechtigten bereits erworbenen Rechte aber sind in jedem Falle unbeschränkt übertragbar und vererblich. Ist das Vorkaufsrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestellt (§ 1094 Abs 2), so kann es nur mit diesem zusammen, nicht für sich allein übertragen oder vererbt werden. Über Vererblichkeit auf seiten des Verpflichteten s. § 1097 A 3.

3. Die Bestimmung, daß auch beim **freihändigen Verkauf des Konkursverwalters** das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann, enthält für das dingliche Vorkaufsrecht eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 512 (vgl. hierüber § 1097 A 2).

4. **Dritter** ist jeder, der nicht Verpflichteter im Sinne des Abs 1 ist, also jeder, der von dem Verpflichteten oder dessen Rechtsnachfolger das Grundstück oder ein Recht am Grundstück erworben hat. — Wird über das Vermögen des Verpflichteten, nachdem dieser das Grundstück verkauft und der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausgeübt hat, Konkurs eröffnet, so kann der Berechtigte gemäß § 24 KO, da das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung hat, vom Konkursverwalter Befriedigung seines Anspruchs, also Auflassung verlangen. Dem Verwalter steht das Wahlrecht aus § 17 KO nicht zu. War aber vom Berechtigten das Vorkaufsrecht zur Zeit der Konkurseröffnung nicht ausgeübt, so hat der Verwalter das Wahlrecht gegenüber dem Käufer (nicht dem Berechtigten), so daß er das Vorkaufsrecht für diesen Fall vereiteln kann.

5. Der **Anspruch auf Eigentumsübertragung,** der **durch die Ausübung des Vorkaufsrechts entsteht,** soll durch das eingetragene Vorkaufsrecht wie durch eine **Vormerkung** im Verhältnisse zu Dritten gesichert sein. Danach ist Voraussetzung für die Wirkung des Vorkaufsrechts als Vormerkung, daß ein Vorkaufsfall eingetreten ist, also der Verpflichtete mit einem anderen einen Kaufvertrag abgeschlossen und der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausgeübt hat (vgl. Prot 3 S. 752, 758; M 3, 455). Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so besteht nicht ein Anspruch auf Eigentumsübertragung, der gesichert sein könnte. Der Verpflichtete kann daher zu dieser Zeit über das Grundstück frei verfügen, es an einen anderen zum Eigentum übertragen, ohne durch das Vorkaufsrecht beschränkt zu sein (sofern nicht der Eigentumsübertragung ein Verkauf zugrunde liegt), und es wirksam belasten; auch können Dritte im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung wirksam Rechte an dem Grundstück erlangen (str.). Wenn aber ein Vorkaufsfall eingetreten und daraufhin das Vorkaufsrecht von dem Berechtigten ausgeübt ist, wird der nun entstandene Anspruch auf Eigentumsübertragung nach Maßgabe des § 883 Abs 2 gesichert. Beim persönlichen Vorkaufsrecht erwirbt der Käufer, wenn ihm die Kaufsache ungeachtet des Vorkaufsrechts von dem Vorkaufsverpflichteten übereignet wird, ein Recht, das ihm weder vom Vorkaufsverpflichteten noch vom Vorkaufsberechtigten wieder entzogen werden kann (RG JW 1911, 448[14]). Überträgt dagegen beim dinglichen Vorkaufsrecht der Verpflichtete, wiewohl hinsichtlich des von ihm mit dem Käufer abgeschlossenen Kaufvertrags der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausgeübt hat, das Eigentum an einen anderen, sei es den Käufer oder einen Dritten, oder wird das Grundstück von ihm freiwillig oder gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung belastet, so sind diese Verfügungen dem Berechtigten gegenüber nach § 883 Abs 2 unwirksam, da sie seinen Anspruch auf Eigentumsübertragung vereiteln bzw. beeinträchtigen würden. Desgleichen sind unwirksam die Verfügungen, die in dem Falle der Eigentumsübertragung von dem Erwerber zugunsten anderer etwa weiter getroffen werden. Nach § 888 kann der Berechtigte von dem Eigentumserwerber Zustimmung zu seiner (des Berechtigten) Eintragung als Eigentümer und von den Erwerbern der das Grundstück belastenden Rechte Zustimmung zur Löschung der Rechte verlangen. Im ersteren Falle hat die zur Erlangung des Eigentums seitens des Berechtigten führende Auflassung der Vorkaufspflichtige zu erteilen. Vgl. die A zu § 888, SeuffA 66, 396. Gegenüber der Klage auf Erteilung der Zustimmung, deren Verbindung mit der Klage gegen den Vorkaufspflichtigen auf Erteilung der Auflassung zulässig ist, kann der dritte Erwerber alle Einwendungen erheben, die dem Vorkaufspflichtigen gegenüber dem Anspruch auf Eigentumsübertragung zustehen (Prot 3, 763). — Alles dieses hat aber auch dann zu gelten, wenn der Erwerb des Dritten bereits in der Zwischenzeit vom Abschlusse des Kaufvertrags des Vorkaufspflichtigen mit dem Käufer bis zur Ausübung des Vorkaufsrechts seitens des Berechtigten sich vollzogen hat. Denn, da die Entstehung des Anspruchs gegen den Vorkaufspflichtigen auf Übertragung des Eigentums zur Voraussetzung hat nicht nur, daß das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, sondern auch, daß ein Kaufvertrag abgeschlossen ist, so ist anzunehmen, daß die mit der Ausübung sich vollendende Entstehung des Anspruchs mit dem Kaufabschlusse beginnt und daß daher von diesem Zeitpunkte ab der Anspruch wie durch eine Vormerkung gesichert ist. Verfügungen in der Zwischenzeit, insbesondere auch Belastungen, werden deshalb dem Berechtigten gegenüber, wenn er das Vorkaufsrecht ausübt, ebenfalls unwirksam (str.). — Ist der dritte Erwerber im Besitze des Grundstücks, so ist er dem Berechtigten gegenüber (außer zur Bewilligung der Eigentumsübertragung) auch zur Herausgabe des Grundstücks nebst Zubehör verpflichtet (vgl. § 1100, der diese Herausgabepflicht voraussetzt, RG 84, 108).

§ 1099

Gelangt das Grundstück in das Eigentum eines Dritten[1]), so kann dieser in gleicher Weise wie der Verpflichtete dem Berechtigten den Inhalt des Kaufvertrags mit der im § 510 Abs 2 bestimmten Wirkung mitteilen[2]).

Der Verpflichtete hat den neuen Eigentümer zu benachrichtigen, sobald die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt oder ausgeschlossen ist[3]).

E I 956 II 1008; M 3 456; P 3 763 f.; 6 174.

1. Der nach Abs 1 zur Mitteilung des Kaufvertragsinhalts ebenso wie der Vorkaufspflichtige und der Käufer (s. § 1098 A 2) berechtigte **dritte Eigentumserwerber** ist der Käufer selbst, sofern ihm der Vorkaufspflichtige das verkaufte Grundstück aufgelassen hat, oder, wenn er inzwischen das Grundstück weiterveräußert hat, jeder nachfolgende Eigentümer und ferner auch derjenige, der sonst von einem anderen als dem Vorkaufspflichtigen das Eigentum erlangt hat (vgl. § 1100).

2. Da die **Mitteilung die im § 510 Abs 2 bestimmte Wirkung** hat, läuft von ihrem Empfange ab die Frist (s. § 1098 A 2) für die Ausübung des Vorkaufsrechts ebenso, wie wenn die Mitteilung von dem Vorkaufspflichtigen oder dem Käufer ausgehen würde. Einer Form bedarf die Mitteilung nicht (s. § 1098 A 2). Wenn der Berechtigte daraufhin das Vorkaufsrecht ausüben will, hat er die Ausübung gemäß §§ 505 Abs 1, 1098 nicht dem Mitteilenden, sondern dem Vorkaufspflichtigen gegenüber zu erklären (Prot 6, 174). Geschieht dies binnen der Frist nicht, so ist die Ausübung ausgeschlossen sowohl gegenüber dem Vorkaufspflichtigen wie gegenüber dem dritten Erwerber. Dieser braucht das Grundstück an den Berechtigten nicht herauszugeben, sein Erwerb ist vielmehr nun ein endgültiger. Wenn das Vorkaufsrecht nicht auf weitere Verkaufsfälle sich erstreckt, erlischt es überhaupt (s. § 1097 A 1, 4).

3. Unterläßt der **Vorkaufspflichtige** die **Benachrichtigung des neuen Eigentümers** von der erfolgten Ausübung des Rechtes oder von dem aus fruchtlosem Fristablauf sich ergebenden Ausschluß der Ausübung, so macht er sich dem neuen Eigentümer gegenüber schadensersatzpflichtig. Unter diesem ist nach dem Wortlaute der §§ 1099, 1100 der gegenwärtige Eigentümer zu verstehen, also der Eigentümer zur Zeit der Ausübung oder des Ausschlusses. Hat derjenige, an den der Vorkaufspflichtige das Eigentum übertragen hat, das Grundstück weiterveräußert, so besteht die Benachrichtigungspflicht nicht dem ersten, sondern dem späteren Erwerber gegenüber (str.). Letzterer soll alsbald Kenntnis davon erhalten, ob er das Grundstück herausgeben muß oder endgültig behalten darf.

§ 1100

Der neue Eigentümer kann, wenn er der Käufer[1]) oder ein Rechtsnachfolger des Käufers ist[2]), die Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten als Eigentümer und die Herausgabe des Grundstücks verweigern, bis ihm der zwischen dem Verpflichteten und dem Käufer vereinbarte Kaufpreis, soweit er berichtigt ist, erstattet wird[3]). Erlangt der Berechtigte die Eintragung als Eigentümer, so kann der bisherige Eigentümer von ihm die Erstattung des berichtigten Kaufpreises gegen Herausgabe des Grundstücks fordern[4]).

E I 957 II 1009; M 3 457; P 3 758 ff.

1. Wenn **der Käufer** vom Vorkaufspflichtigen nicht das Eigentum übertragen erhalten hat, findet § 1100 keine Anwendung. Der Käufer kann sich nach Ausübung des Vorkaufsrechts wegen des etwa inzwischen berichtigten Kaufpreises nur an seinen Verkäufer gemäß §§ 320 ff., 440 halten, nicht an den Vorkaufsberechtigten.

2. Ist der Eigentümer nicht **Rechtsnachfolger des Käufers**, sondern hat ihm etwa der Vorkaufspflichtige, trotz Abschluß des Kaufvertrags mit dem Käufer, das Eigentum, sei es auf Grund neuen Verkaufs oder aus einem anderen Rechtsgrunde (z. B. Tausch, Schenkung), übertragen, so ist § 1100 ebenfalls nicht anwendbar. Ein solcher Eigentümer muß die Zustimmung zu der Auflassung an den Vorkaufsberechtigten (s. § 1098 A 5) erteilen, ohne daß ihm das Zurückbehaltungsrecht aus Satz 1 oder der Anspruch aus Satz 2 zusteht. Wegen der von ihm etwa bereits gewährten Gegenleistung kann er lediglich seinen Vertragsgegner in Anspruch nehmen. — Unter Rechtsnachfolger sind sowohl allgemeine wie Sondernachfolger zu verstehen, auch, wenn der als Eigentümer eingetragene Käufer weiterverkauft hat, der zweite und fernere Käufer, sofern er Eigentum erlangt hat.

3. Die den Vorschriften der §§ 273, 274 unterliegende, also zur Verurteilung Zug um Zug führende Einrede des Zurückbehaltungsrechts kann gegenüber dem Vorkaufs-

berechtigten, der noch nicht die Eintragung als Eigentümer erlangt hat, nur geltend gemacht werden, **soweit der zwischen dem Vorkaufspflichtigen und dem Käufer vereinbarte Kaufpreis berichtigt ist.** Daher steht auch demjenigen Rechtsnachfolger des Käufers, der von diesem das Grundstück wiederum durch Kauf erworben hat (s. A 2), das Zurückbehaltungsrecht nur zu wegen des Betrags, den sein Verkäufer an den Vorkaufspflichtigen entrichtet hat, nicht wegen des Kaufpreises, den er an seinen Verkäufer bezahlt hat, auch nicht etwa wegen Kosten des Kaufvertrags oder der Auflassung. Dieserhalb muß er sich an seinen Verkäufer halten.

4. Nach erfolgter Eintragung des Vorkaufsberechtigten als Eigentümer steht dem Käufer bzw. dessen Rechtsnachfolger nunmehr ein Erstattungsanspruch wegen des vom Käufer an den Vorkaufspflichtigen berichtigten Kaufpreises gegenüber dem Vorkaufsberechtigten zu; jedoch nur gegen Herausgabe des trotz der genannten Eigentumseintragung etwa noch in seinem Besitze befindlichen Grundstücks. Dieser Erstattungsanspruch bleibt bestehen, auch wenn das Grundstück von ihm an den Vorkaufsberechtigten ohne zuvorige Berichtigung des Anspruchs herausgegeben wird. Über die Wirkungen des Bestehens des Erstattungsanspruchs auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufspflichtigen einerseits und zwischen diesem und dem Käufer anderseits vgl. die §§ 1001, 1002. — Im übrigen finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Käufer bzw. dessen Rechtsnachfolger hinsichtlich der Herausgabepflicht, insbesondere hinsichtlich des Anspruchs des Herausgabepflichtigen auf Ersatz von Verwendungen, nicht die §§ 1001 ff. Anwendung, da der Herausgabeanspruch dem Vorkaufsberechtigten nicht als Eigentümer zusteht, sondern § 292, da es sich um einen Anspruch handelt, der an sich ein persönlicher ist, wennschon er sich gemäß §§ 1098 Abs 2, 883 Abs 2 auch auf den dritten Erwerber erstreckt (str.).

§ 1101

Soweit der Berechtigte nach § 1100 dem Käufer oder dessen Rechtsnachfolger den Kaufpreis zu erstatten hat, wird er von der Verpflichtung zur Zahlung des aus dem Vorkaufe geschuldeten Kaufpreises frei[1]).

E II 1010; P 3 758.

1. Das Bestehen des Erstattungsanspruchs des Käufers oder seines Rechtsnachfolgers gegenüber dem Vorkaufsberechtigten (s. § 1100 A 3, 4) übt also auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufspflichtigen die Wirkung aus, daß ersterer gegenüber dem Vorkaufspflichtigen in Höhe des Erstattungsanspruchs von der Zahlungspflicht hinsichtlich des **aus dem Vorkaufe geschuldeten Kaufpreises frei** wird in gleicher Weise, wie wenn er in dieser Höhe den Kaufpreis (aus dem durch Ausübung des Vorkaufsrechts gemäß §§ 505 Abs 2, 1098 zustande gekommenen Kauf) an den Vorkaufspflichtigen bezahlt hätte.

§ 1102

Verliert der Käufer oder sein Rechtsnachfolger infolge der Geltendmachung des Vorkaufsrechts das Eigentum[1]), so wird der Käufer[2]), soweit der von ihm geschuldete Kaufpreis noch nicht berichtigt ist, von seiner Verpflichtung frei[3]); den berichtigten Kaufpreis kann er nicht zurückfordern[4]).

E II 1011; P 3 764 f.

1. § 1102 findet nur Anwendung, wenn der Käufer oder sein Rechtsnachfolger infolge der Geltendmachung des Vorkaufsrechts **das Eigentum verliert,** wenn er also vorher das Eigentum erlangt hatte. War ihm das Eigentum überhaupt nicht übertragen worden, so bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinem Verkäufer lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen über gegenseitige Verträge (§§ 320 ff.). Vgl. § 1100 A 1, 2.

2. Nur das Rechtsverhältnis zwischen dem **Käufer** und seinem Verkäufer (dem Vorkaufspflichtigen) betrifft § 1102. Hat der Käufer, nachdem er das Eigentum übertragen erhalten hatte, das Grundstück weiterverkauft, so bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinem Rechtsnachfolger, abgesehen von dem diesem nach § 1100 gegen den Vorkaufsberechtigten zustehenden Erstattungsanspruch (s. § 1100 A 3, 4), ebenfalls (s. A 1) nach den allgemeinen Grundsätzen über gegenseitige Verträge (§§ 320 ff.).

3. Da der Käufer infolge Geltendmachung des Vorkaufsrechts **von seiner Verpflichtung** (§ 433 Abs 2) **zur Zahlung des noch nicht berichtigten Kaufpreises frei wird,** kann sich der Vorkaufspflichtige wegen dieses Kaufpreises lediglich an den Vorkaufsberechtigten, mit dem der Kaufvertrag gemäß §§ 505 Abs 2, 1098 zustande gekommen ist, halten.

4. Dem Käufer, der demnach von seinem Verkäufer (dem Vorkaufspflichtigen) **den berichtigten Kaufpreis nicht zurückfordern kann,** steht lediglich ein Erstattungsanspruch gegen den Vorkaufsberechtigten nach Maßgabe des § 1100 zu.

§ 1103

Ein zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehendes Vorkaufsrecht kann nicht von dem Eigentum an diesem Grundstücke getrennt werden[1]).

Ein zugunsten einer bestimmten Person bestehendes Vorkaufsrecht kann nicht mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden werden[2]).

E II 1012; P 3 765.

1. Aus dem Grundsatze der **Untrennbarkeit des subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts von dem Eigentum am Grundstücke** folgt, daß es nicht für sich allein veräußert, belastet oder gepfändet (§ 851 ZPO) werden kann und daß es mitergriffen wird von der Veräußerung des berechtigten Grundstücks und von der Zwangsvollstreckung in dieses (§ 865 Abs 1 ZPO, § 20 Abs 2 ZVG), so daß es der Erwerber bzw. der Ersteher (§ 90 Abs 2 ZVG) des Grundstücks miterwirbt. Auch kann es nicht in ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht umgewandelt werden, es sei denn, daß es (unter Löschung des etwaigen Vermerks auf dem berechtigten Grundstücke gemäß § 8 Abs 2 GBO) überhaupt aufgehoben und ein neues Vorkaufsrecht begründet wird. — Ist das Vorkaufsrecht uneingeschränkt für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks (nicht eines bestimmten Teiles, z. B. eines Schlosses) bestellt, so ist jeder Teil des Grundstücks zusammen mit den anderen Teilen (vertreten durch den Eigentümer) als berechtigt anzusehen. Hieran wird, wenn das herrschende Grundstück geteilt wird, nichts geändert, da das Vorkaufsrecht nicht teilbar ist und nicht von einem Grundstücksteil auf einen anderen übertragen werden kann. Deshalb steht das Vorkaufsrecht nicht den Eigentümern nach Verhältnis ihrer Teile noch dem Eigentümer des etwaigen Hauptteils (sog. Stammgrundstücks) allein zu, sondern den Eigentümern aller Teile gemeinschaftlich in der Weise, daß es von diesen nur im ganzen ausgeübt werden kann (vgl. §§ 513, 514, 1098 Satz 1, 1103; RG 35, 306; 73, 320).

2. Da das **subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht nicht mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden werden kann,** ist seine Umwandlung in ein subjektiv-dingliches Recht ausgeschlossen. Wollen die Beteiligten eine derartige Rechtsveränderung, so müssen sie ein neues Vorkaufsrecht begründen. Dieses hat dann nicht den Rang des bisherigen Rechtes.

§ 1104

Ist der Berechtigte unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens[1]) mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn die im § 1170 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen[2]). Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt[3]) das Vorkaufsrecht.

Auf ein Vorkaufsrecht, das zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks besteht, finden diese Vorschriften keine Anwendung.

E II 1013; P 3 765; 4 601.

1. Das **Aufgebotsverfahren** erfolgt nach den §§ 946ff., 988, 1024 ZPO.

2. **Die im § 1170 bestimmten Voraussetzungen** sind: Es müssen 10 Jahre seit Eintragung des subjektiv-persönlichen (s. Abs 2) Vorkaufsrechts oder seit einer später etwa erfolgten, auf das Vorkaufsrecht bezüglichen Eintragung verstrichen und es darf die Berechtigung nicht innerhalb dieser Frist anerkannt sein.

3. **Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt** das (subjektiv-persönliche) Vorkaufsrecht nur dann, wenn das Urteil ein vorbehaltloses oder der darin zugunsten der sich Meldenden aufgenommene Vorbehalt (§ 953 ZPO) rechtswirksam beseitigt ist (vgl. RG 67, 95; RJA 6, 145). Die Löschung kann im Wege der Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO auf Grund des Urteils herbeigeführt werden.

Siebenter Abschnitt

Reallasten[1]

§ 1105

Ein Grundstück[2]) kann in der Weise[3]) belastet werden[4]), daß an denjenigen, zu dessen Gunsten[5]) die Belastung erfolgt, wiederkehrende[6]) Leistungen[7]) aus dem Grundstücke zu entrichten sind (Reallast)[8]).

Die Reallast kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden[5]).

E I 1051 II 1014; M 3 581; P 3 729 ff.

1. Die Regelung der **Reallasten** ist im BGB keine vollständige. Die §§ 1105 bis 1112 geben nur Vorschriften allgemeiner Natur. Über einzelne Reallasten sind keine Bestimmungen gegeben. Nur für die Überbau- und Notwegrente (§§ 914, 917), sowie für die Unterhaltungspflicht bezüglich der zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit dienenden Anlage (§§ 1021, 1022) ist entsprechende Anwendung der Bestimmungen über die Reallasten vorgeschrieben. Vgl. in dieser Hinsicht auch Art 116 EG. Im übrigen ist der Landesgesetzgebung überlassen, nähere Bestimmungen über die einzelnen Reallasten sowie über die Zulässigkeit derartiger Grundstücksbelastungen zu treffen. Nach Artt 113, 115 EG nämlich bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Reallasten, sowie diejenigen, welche die Belastung eines Grundstücks mit Reallasten untersagen oder beschränken oder das Maß solcher Rechte näher bestimmen, und nach Artt 3, 218 EG können daher nach diesen Richtungen auch neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen und die bestehenden geändert werden. Danach ist das Verhältnis der Vorschriften des BGB über die Reallasten zum Landesrechte ein derartiges, daß die Vorschriften des BGB zwar die landesgesetzlich anerkannten bzw. nicht ausgeschlossenen Reallasten regeln, aber durch die für die betreffenden einzelnen Reallasten gegebenen landesgesetzlichen Bestimmungen ergänzt werden (KGJ 21 A 314; OLG 20, 408). Noch besondere Vorbehalte für die Landesgesetzgebung bezüglich einzelner Reallasten, die zugleich die wichtigsten sind, enthalten EG Art 62 (Rentengutsrenten. Über die Frage der Zulässigkeit der Eintragung gewisser bei Rentengutsbildungen üblicher Verpflichtungen nach der preußischen Rentengutsgesetzgebung vgl. KGJ 51, 232), Art 96 (Leibgeding oder Altenteil) und Art 118 (Kulturrenten). Beim Altenteil (Ausgedinge) sind häufig mit Realleistungen beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (z. B. Wohnungsrecht, Recht zur Benutzung einzelner Grundflächen zu bestimmten Zwecken) verbunden (**RG** 70, 172; RJA 9, 69; KGJ 40, 251; s. § 1092 A 1). Über bergrechtliche Kohlenzehnten als Reallasten vgl. **RG** 75, 163. Über die Grenzen der Zulässigkeit von Reallasten im allgemeinen vgl. für Preußen §§ 3, 6, 91 Abs 2—4 AblösGes. v. 2. 3. 50; Art 30 AG; dazu **RG** 45, 191; 60, 89; 79, 377; KGJ 21 A 314; 38 A 269; 47, 218; 51, 269; OLG 12, 281; 26, 101; 26, 102; für Bayern Artt 85, 86 AG. Nach gemeinem Rechte konnten Reallasten allgemein, ohne Beschränkung auf bestimmte Arten, durch Vertrag begründet werden mit dinglicher Wirkung zu Lasten eines Grundstücks und zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks, ohne daß es einer Eintragung in öffentliche Bücher bedurfte (**RG** 16, 136; Gruch 62, 408), und zwar auch durch Einigung zwischen dem gegenwärtigen Eigentümer des zu belastenden Grundstücks und einem anderen, auf den zugleich Eigentum oder eigentumähnliches Recht an diesem Grundstück übertragen wurde, zugunsten eines anderen Grundstücks mit der Wirkung, daß dieses Grundstück ohne Teilnahme seines gegenwärtig es vertretenden Eigentümers an der Einigung berechtigt wurde (**RG** Gruch 62, 409). Jedoch mußte in Preußen, soweit § 73 GBO v. 5. 5. 72 galt, bis zum 1. Oktober 1873 die Reallast in das Grundbuch eingetragen werden, widrigenfalls sie gegenüber dritten Personen (wozu auch solche Personen gehörten, die nach Inkrafttreten des Gesetzes das bisher belastete Grundstück auf Grund Kaufvertrags erwarben, selbst wenn sie in dem Kaufvertrage die Reallast dem Verkäufer [nicht dem Berechtigten] gegenüber übernahmen) nicht geltend gemacht werden konnte (**RG** Gruch 62, 412; vgl. auch für Bayern OLG 35, 328). Hinsichtlich der nach Inkrafttreten des EigEGes. v. 5. 5. 72 (soweit nach dem AblösGes. noch zulässig) begründeten Reallasten gilt gleiches nach § 12 Abs 1 dieses Gesetzes. Über die Eintragung solcher an sich ohne Eintragung bestehen gebliebener, jedoch der Wirksamkeit gegen Dritte entbehrender Rechte nach Inkrafttreten des BGB vgl. § 894 A 1 Abs 10. — Die auf öffentlich-rechtlichem Titel (vgl. **RG** 44, 243; 45, 188) beruhenden Reallasten (öffentliche Abgaben und Lasten, s. §§ 10 Nr 3, 156 ZVG, § 4 EG.ZVG) werden durch das BGB nicht geregelt (vgl. OLG 1, 203; 3, 98; 12, 281). Bezüglich der Kirchen- und Schulbaulasten vgl. Art 132 EG. Über Straßenanliegerbeiträge

und deren Dinglichkeit vgl. **RG** 42, 278; 56, 396; 83, 89; 87, 359; 93, 202; Gruch 26, 1103; 41, 151. — Über die Behandlung der Reallasten: im Zwangsversteigerungsverfahren vgl. §§ 51, 92, 121 ZVG (s. dazu § 1107 A 1), § 9 EG.ZVG; bei der Enteignung s. Artt 52, 53, 109 EG. — Übergangsbestimmungen enthalten die Artt 114, 184, 189 EG.

2. Außer einem **Grundstück** auch die Berechtigungen, auf welche die Vorschriften für die Grundstücke Anwendung finden, wie das Erbbaurecht (§ 1017; VO v. 15. 1. 19 § 11) und die in den Artt 63, 68 EG bezeichneten Rechte; ferner der in dem Anteil eines Miteigentümers bestehende Bruchteil eines Grundstücks (§ 1106). Auch eine bestimmte Teilfläche (realer Teil) eines Grundstücks; ihre Abschreibung kann nach § 6 GBO unterbleiben, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist (vgl. auch § 96 GBO).

3. Aus der im § 1105 **bestimmten Weise** der Belastung folgt in Verbindung mit § 1108, daß die Reallast als Ganzes ihrer rechtlichen Natur nach eine von einer persönlichen (schuldrechtlichen) Verbindlichkeit unabhängige dingliche Grundstücksbelastung ist, aus der die Verpflichtung des Grundstückseigentümers als solchen zur Entrichtung der einzelnen Leistungen erwächst, und daß diese Einzelleistungen ebenfalls dinglicher Natur sind, jedoch so, daß der Grundstückseigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch persönlich haftet. — Wegen der Geltendmachung im Rechtswege vgl. bezüglich des Anspruchs auf die Einzelleistungen § 1107 A 2, § 1108 A 3. Wird das Recht als Ganzes bestritten, so kann im dinglichen Gerichtsstande (§ 24 ZPO) auf Anerkennung der Reallast geklagt werden (vgl. § 25 ZPO).

4. Zur Entstehung der **Belastung** ist gemäß § 873 Einigung der Beteiligten und Eintragung ins Grundbuch erforderlich (s. jedoch Art 114 EG). Von dem schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäft ist die Entstehung der Reallastberechtigung als eines selbständigen dinglichen Rechtes nicht abhängig. Auch ist die dingliche Wirksamkeit nicht davon abhängig, ob für die Belastung ein Gegenwert gegeben worden ist (**RG** 85, 247). Der etwaige Gegenwert kann sich z. B. aus einem Kaufvertrage, aber auch aus der Gewährung eines Darlehns ergeben (**RG** 85, 246). Die Eintragung erfolgt auf dem belasteten Grundstück. Im Falle der subjektiv dinglichen Reallast kann die Reallastberechtigung auch auf dem Grundbuchblatte des berechtigten Grundstücks gemäß § 8 GBO vermerkt werden. Die einzelnen Leistungen, zu denen die Reallast (das Recht als Ganzes, **RG** 75, 163) verpflichtet, müssen eingetragen werden. Jedoch ist gemäß § 874 Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur näheren Bezeichnung des Inhalts der einzelnen Leistung zulässig. Werden Reallasten als Altenteil (Leibgedinge, Leibzucht, Auszug) eingetragen, so bedarf es nach § 50 GBO auch nicht der Bezeichnung der einzelnen Rechte, wenn auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird. In dem Eintragungsvermerk selbst muß jedoch der Inhalt der Last wenigstens im allgemeinen angegeben werden, damit das Recht nach seiner allgemeinen rechtlichen Natur für jedermann aus dem Grundbuch allein erkennbar ist. Insoweit ist eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung unzulässig, da es sich nicht bloß um eine „nähere Bezeichnung" im Sinne des § 874 handelt. Dabei ist der Gebrauch des Wortes „Reallast" zwar nicht erforderlich, wenn sonst die Eintragung sich als eine Reallast deuten läßt; es ist aber anderseits Eintragung dieses Wortes für sich allein auch nicht ausreichend, da der Inhalt einer Reallast ein sehr verschieden gestalteter sein kann (KGJ 51, 272). Daß zu den einzelnen Leistungen im Grundbuche oder in der Eintragungsbewilligung ein bestimmter Geldwert angegeben wird, ist dagegen nicht erforderlich. Aus § 1107 ist in dieser Hinsicht die Anwendung des § 1115 (Hypothekeintragung) nicht zu folgern (**RG** 54, 93; RJA 2, 192; KGJ 51, 271). Das Grundbuch muß aber den Inhalt der Leistungen derart erkennen lassen, daß, insbesondere mit Rücksicht auf §§ 45, 46, 92, 121 ZVG, die Umwandlung der Leistungen in eine Geldforderung möglich ist, da nur dann die für jede dingliche Belastung erforderliche Bestimmtheit des Umfangs der Leistungen aus dem Grundstücke vorliegt (str.; RJA 2, 193; OLG 7, 34; vgl. KGJ 51, 271). Vgl. auch § 882 (Bestimmung des Höchstbetrags des Ersatzes für den Fall des Erlöschens durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung). — Wie die Reallastberechtigung von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann (s. unten), so kann für sie auch eine ungewisse Zeitbestimmung gesetzt, z. B. für den Beginn der Leistungen ein nicht kalendermäßiger, sondern nach dem Tage des Eintritts eines Ereignisses ungewisser Zeitpunkt bestimmt werden (OLG 14, 177). — Die rechtsgeschäftliche **Aufhebung** der Belastung erfolgt gemäß § 875 (Aufgabeerklärung und Löschung) und § 876 Satz 2 (Zustimmung der Realgläubiger des herrschenden Grundstücks). Vgl. jedoch in letzterer Hinsicht Art 120 Abs 2 Nr 2 EG (Unschädlichkeitszeugnis). Fernere Erlöschungsgründe sind: bei einer auf Lebenszeit des Berechtigten gestellten Reallast (z. B. Altenteil) Eintritt des Todes (vgl. § 23 GBO; RJA 4, 181); Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins (vgl. § 24 GBO); Buchverjährung (§§ 901, 902); Aufgebot (§ 1112); Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks, wenn nicht nach den Versteigerungsbedingungen die Reallast bestehenbleiben soll (§ 92 ZVG und bezüglich des Altenteils § 9 EG.ZVG). In dem zuletzt genannten Falle ist für eine durch den Zuschlag erlöschende, ablösbare Reallastberechtigung Ersatz aus

dem Versteigerungserlöse in Höhe der Ablösungssumme zu gewähren (§ 92 Abs 1, 3 ZVG); diese Ablösungssumme ist nicht vom Tage des Zuschlags zu verzinsen, sie wird erst im Verteilungstermine fällig, und die bis dahin in Ansatz zu bringenden Einzelleistungen (z. B. Geldrenten) vertreten nach § 1107 die Stelle der Zinsen (**RG** 85, 248). Dies gilt auch dann, wenn bei einer durch Zahlung von Tilgungsbeiträgen amortisierbaren Reallast die in Geldrenten bestehenden Einzelleistungen die Tilgungsbeiträge mitenthalten; denn diese Tilgung kommt bei Feststellung der Ablösungssumme mit in Betracht (**RG** 85, 248). Weitere Beendigungsgründe können sich aus landesgesetzlichen Vorschriften ergeben, so insbesondere aus denen über die Ablösung (Art 113 EG; vgl. OLG 2, 496; 7, 374). — Wegen der Übertragung und der Übertragbarkeit der Reallast als Ganzes und der einzelnen Leistungen s. §§ 1107, 1111.

5. Derjenige, **zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt,** kann bei der subjektiv-persönlichen Reallast eine natürliche oder eine juristische Person sein. Eine subjektiv-dingliche Reallast (Abs 2) kann nur für ein Grundstück bestellt werden, nicht auch für einen Grundstücksbruchteil (anders hinsichtlich der Belastung § 1106). Auch kann der Eigentümer zweier Grundstücke nicht das eine zugunsten des anderen mit einer Reallast belasten. Vgl. hierüber sowie über die aus § 1009 sich ergebende Ausnahme § 873 A 7. Zulässig ist die Bestellung und Eintragung von Reallasten für mehrere Personen auf die nämlichen Leistungen derart, daß die mehreren Reallasten sich gegenseitig beschränken (z. B. Altenteil für Eheleute, OLG 18, 156). — Die subjektiv-dingliche Reallast wird Bestandteil des berechtigten Grundstücks (§ 96) und teilt dessen Schicksale. Über den Einfluß der Teilung vgl. § 1109. Vgl. ferner über gegenseitige subjektiv-dingliche Reallasten **RG** 10, 172; Gruch 28, 246.

6. Die Leistungen müssen zwar **wiederkehrende** sein, jedoch ist nicht erforderlich, daß die Leistungstermine regelmäßig wiederkehren (vgl. §§ 197, 1199; RJA 2, 192; OLG 2, 413; 12, 282). Unregelmäßig wiederkehrende sind z. B.: Handlohn, Kirchenbaulast, OLG 7, 35; Unterhaltung einer Einfriedigung um das belastete Grundstück, eines Zaunes, einer Turmuhr, einer Brücke, einer Überfahrt, einer Straße, eines Wehres in einem Flusse, eines Grabens, **RG** 4, 133; 11, 315; Gruch 55, 1138; KGJ 38 A 269; OLG 2, 413; 8, 127; 12, 281; 22, 407; 26, 101f.; 35, 327). Ferner haben dauernde Leistungen als wiederkehrende zu gelten (z. B.: Erhaltung eines bestimmten Zustandes auf dem belasteten Grundstück, **RG** Gruch 55, 1138; Unterhaltung und Betrieb einer Fähre, OLG 26, 101; s. A 7). Auch brauchen die einzelnen Leistungen nicht gleich oder gleichartig zu sein (RJA 2, 192; OLG 7, 32), noch eine fest bestimmte Höhe zu haben (OLG 12, 281). Weiter ist nach allgemeinen Grundsätzen und beim Fehlen eines Verbots Begründung einer Reallast auch unter einer auflösenden Bedingung oder auf Zeit, sei es eine bestimmte oder eine unbestimmte (z. B. auf Lebenszeit des Berechtigten) statthaft (KGJ 21 A 314; OLG 2, 495); insbesondere kann die Reallast amortisierbar (z. B. durch Leistungen in Geldrenten zur Verzinsung und Amortisierung eines gewährten Darlehns) sein (**RG** 85, 247; KGJ 21 A 312). Dagegen kann eine einmalige Leistung (z. B. Herstellung einer Wasserleitung, Beseitigung eines überragenden Gesimses, einmalige Hofesabfindung) nicht Gegenstand einer Reallast sein (**RG** 57, 334; RJA 1, 25; OLG 26, 102). Ferner nicht die Verpflichtung: das Grundstück mit Gebäuden bestimmter Art zu bebauen oder in einem gewissen baulichen oder wirtschaftlichen Zustande zu erhalten (KGJ 26 A 118); das Abholzen des auf dem Stamme verkauften Holzes zu gestatten (**RG** JW 05, 280[1]).

7. Die **Leistung** kann jeden erlaubten Inhalt haben, und als **aus einem Grundstück** zu entrichten gilt sie immer dann, wenn sie in irgendwelcher Beziehung zum dienenden Grundstücke steht (**RG** Gruch 55, 1138). Sie kann bestehen in einem Geben (z. B.: Gewährung nicht nur von Geld, sondern auch von Nahrungsmitteln oder anderen Sachen, JRA 2, 192; OLG 12, 281; Zahlung einer Rente zur Verzinsung und Tilgung eines Kapitals [Amortisationsquoten] während einer bestimmten Anzahl von Jahren, **RG** 85, 247; KGJ 21 A 312; OLG 2, 495; auch Gewährung von Holz aus Waldungen, **RG** Warn 1913 Nr 145) oder in einem Tun (z. B. Dienstleistungen, Beköstigung, **RG** Gruch 46, 131, Aufziehen einer Turmuhr, **RG** 4, 131, Instandhalten einer Brücke, einer Überfahrt, OLG 2, 413; 8, 126; 26, 101f., Räumung eines Grabens, OLG 12, 281, Anzeige von jedem abzuschließenden Mietvertrage hinsichtlich des belasteten Grundstücks, um dem Berechtigten den Eintritt in den Vertrag zu ermöglichen, OLG 7, 35), oder in der Erhaltung eines bestimmten Zustandes auf dem dienenden Grundstück (z. B. des Betriebs eines Mineralbades, eines Holzschneidewerks, einer Fähre, **RG** Gruch 55, 1138; OLG 26, 101, auch 26, 104). Vgl. aber auch über ein Tun oder die Erhaltung eines Zustandes als Nebenbestandteil einer Grunddienstbarkeit § 1018 A 4. Über den Unterschied zwischen der Geldrente als Reallast und der Rentenschuld s. § 1199 und KGJ 21 A 312; OLG 2, 496. In einem Unterlassen kann die wiederkehrende Leistung nicht bestehen. Die Pflicht eines Grundstückseigentümers zum Unterlassen kann nur Gegenstand einer Dienstbarkeit sein (str.; vgl. M 3, 585; Prot 3, 734; **RG** 60, 90ff.). Über den Unterschied zwischen einer Reallastberechtigung und einer Grunddienstbarkeit, bei der dem Eigentümer des dienenden Grundstücks die Verpflichtung zur Unterhaltung

einer Anlage obliegt, vgl. § 1021 A 2, 5. — Ein wegen Verstoßes gegen § 10 GewO unzulässiger Inhalt einer Reallast ist die Verpflichtung des jeweiligen Inhabers einer Gastwirtschaft, das Bier für diese während eines bestimmten Zeitraums nur von einer bestimmten Brauerei zu beziehen (**RG** 59, 109; auch 63, 333). Unzulässig ist ferner bei preuß. Rentengütern die Eintragung der dem § 4 RentengutsG v. 27. 6. 90 entsprechenden Verpflichtung zur Inventarhaltung und Versicherung (KGJ 26 A 118). Vgl. auch **RG** 55, 380 (Schmiedezwang), **RG** 75, 161 (Kohlenzehnt).

8. Wegen der **Entrichtung der Einzelleistungen aus dem Grundstücke** s. § 1107 A 2 „Befriedigung". Der Reallastberechtigte kann nur wegen der Einzelleistungen, nicht auch wegen des Rechtes im ganzen die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks betreiben; das Reallastrecht als Ganzes zeigt hinsichtlich der Befriedigung aus dem Grundstücke seine Wirksamkeit erst dann, wenn von dritter Seite die Zwangsversteigerung durchgeführt wird (Prot 3, 731). Wenn aber das Recht nach Maßgabe landesgesetzlicher Vorschriften (Art 113 EG) abgelöst ist, kann wegen der Ablösungssumme gegebenenfalls die Zwangsversteigerung betrieben werden.

§ 1106

Ein Bruchteil[1]) eines Grundstücks kann mit einer Reallast nur belastet[2]) werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht[3]).

E I 1053 II 1015; M 3 586; P 3 734.

1. Nach der den §§ 1095, 1114 (Vorkaufsrecht, Hypothek) entsprechenden Vorschrift kann zwar ein Miteigentümer seinen Anteil mit einer Reallast belasten, nicht aber der Alleineigentümer einen **Bruchteil** seines Grundstücks und auch nicht ein Miteigentümer einen Bruchteil seines Anteils (OLG 20, 407). Vgl. hierüber das in § 1114 A 1 Gesagte, das auch hier entsprechend gilt. — Dagegen ist es nach § 93 zulässig, daß der Alleineigentümer eine bestimmte Teilfläche (realen Teil) eines Grundstücks belastet, da der einzelne Teil als nicht wesentlicher Grundstücksbestandteil Gegenstand besonderer Rechte sein kann. Die Abschreibung des sonderbelasteten Teiles und die Eintragung als selbständiges Grundstück kann nach § 6 Satz 2 GBO unterbleiben, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist (KGJ 20 A 80). Vgl. dazu § 96 GBO. — Wird ein mit einer Reallast belastetes Grundstück mit einem anderen unbelasteten vereinigt (§ 890 Abs 1) oder diesem als Bestandteil zugeschrieben (§ 890 Abs 2), oder wird umgekehrt dieses Grundstück jenem zugeschrieben, so tritt in keinem Falle (anders wie nach § 1131 bei hypothekarischen Rechten hinsichtlich des Falles der Zuschreibung zu einem mit solchen Rechten belasteten Grundstücke) das andere Grundstück in die Belastung für die Reallast ein (OLG 11, 332).

2. Die Folge der **Belastung nur des Miteigentumsanteils** ist, daß die Zwangsvollstreckung aus der Reallast an sich nur in diesen Anteil stattfindet. Vgl. § 864 Abs 2 ZPO. Danach ist die Zwangsvollstreckung in den Anteil auch noch zulässig, wenn das Miteigentum nicht mehr besteht, z. B. weil der andere Miteigentümer den Anteil zufolge freiwilliger Auseinandersetzung oder aus sonst einem Rechtsgrunde hinzuerworben hat oder beide Miteigentümer das Grundstück an einen Dritten veräußert haben.

3. Soll das **Miteigentum** im Wege der Teilungszwangsversteigerung gemäß §§ 180 bis 184 ZVG aufgehoben werden, so muß die Reallast, wenn sie auf dem Anteile des Antragstellers eingetragen steht, gemäß §§ 182, 44 ZVG in das geringste Gebot aufgenommen werden, während sie, wenn sie lediglich auf dem Anteil eines anderen Miteigentümers eingetragen steht, nach § 182 Abs 1, 2 ZVG bei Feststellung des geringsten Gebots unberücksichtigt bleibt und nach §§ 91, 92 ZVG durch den Zuschlag erlischt mit der Folge des Ersatzanspruchs aus dem Erlöse nach Maßgabe des Ranges, es sei denn, daß sie auf dem betreffenden Anteil einem Rechte im Range vorgeht oder gleichsteht, das zugleich auch den Anteil des Antragstellers (mit) belastet (vgl. KGJ 26 A 304).

§ 1107

Auf die einzelnen Leistungen[1]) finden die für die Zinsen einer Hypothekenforderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung[2]).

E I 1051, 1060 II 1016; M 3 584, 593; P 3 731, 738.

1. Auf die **einzelnen Leistungen** sollen die Vorschriften über Hypothekenzinsen deswegen entsprechende Anwendung finden, weil sie zu der Reallast im ganzen (der Reallastberechtigung) in gleichem Verhältnisse stehen wie die Hypothekenzinsen zu der Hypothekenforderung (M 3, 593). Die Reallastberechtigung als eine selbständige, d. h. von einem persönlichen Recht unabhängige Belastung des Grundstücks, wodurch die Verpflichtung des Eigentümers zu den während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen begründet wird (M 3,

584), folgt ihren eigenen Regeln. Auf sie finden die Vorschriften über die Hypothek keine Anwendung. Z. B.: gibt es nicht eine Eigentümerreallast entsprechend dem § 1163 Abs 1 Satz 2 (etwa im Falle einer ablösbaren Reallast durch Zahlung der Ablösungssumme) oder entsprechend dem § 1168 (Verzicht des Berechtigten); sind, wenn die Reallast auf mehrere Grundstücke eingetragen ist, unanwendbar die §§ 1172ff. (Besonderheiten der Eigentümerhypothek, Erlöschen der Hypothek an einem der belasteten Grundstücke) sowie § 1132 Abs 2 (Verteilung auf die einzelnen Grundstücke). Vgl. jedoch für die Zwangsversteigerung § 51 ZVG, wonach § 50 ZVG, betreffend die Erweiterung der Zahlungspflicht des Erstehers im Falle des Nichtbestehens einer im geringsten Gebot berücksichtigten Hypothek, auf die Reallast entsprechende Anwendung findet.

2. Die **entsprechende Anwendung der Vorschriften über Hypothekenzinsen** hat nur insoweit stattzufinden, als nicht durch die §§ 1105ff. Sonderbestimmungen gegeben sind. Die Art der Haftung für die einzelnen Leistungen ergibt sich aus § 1105 in Verbindung mit § 1108. Daher ist die Anwendung der §§ 1120—1131, betreffend die Erstreckung der Haftung für die Hypothek auf die dort bezeichneten Gegenstände, wie Zubehör, Miet- und Pachtzinsforderungen, Versicherungsgelder, ausgeschlossen (str.: vgl. RG 54, 93; a. M. RG Gruch 61, 319 [Warn 1916 Nr 282]; OLG 29, 359, wo die §§ 1120—1122 auf einen Tonnenzins, der auf einer den Grundstücken gleichstehenden selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeit eingetragen war [im Geltungsgebiete des PrAblösGes. v. 2. 3. 50 ist nach §§ 6, 91 eine Tonnenzinsverpflichtung als beständige Reallast ohne feste Geldrente nicht eintragungsfähig, KGJ 47, 218], für anwendbar erachtet worden sind; jedoch handelte es sich um Verschlechterung des Objekts [Kohlenfeld und bergbauliche Anlagen], auf das die Gerechtigkeit sich erstreckte, durch unwirtschaftliche Maßnahmen, s. darüber unten bezüglich der Anwendung der §§ 1134, 1135). Erst die auf Grund vollstreckbaren Titels von Reallastberechtigten wegen der rückständigen Einzelleistungen ausgebrachte Beschlagnahme des Grundstücks erstreckt sich gemäß § 20 Abs 2 ZVG auch auf diese Gegenstände. § 1107 will nur die **Übertragung, Belastung** und **Aufhebung** (Befriedigung und sonstiges Erlöschen) **des Anspruchs auf die Einzelleistung** durch die Verweisung auf die genannten Vorschriften regeln, in dieser Hinsicht sollen die Einzelleistungen anders behandelt werden als das ganze Recht (M 3, 593). — Die Übertragung des Anspruchs auf rückständige Einzelleistungen vollzieht sich nach § 1159 Abs 2 in Verbindung mit § 398 durch einen keiner Form bedürfenden Abtretungsvertrag, wobei sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften (§§ 398—413) richtet; es finden daher die Vorschriften der §§ 1154—1157 keine Anwendung. Auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs kann sich der Erwerber nach § 1159 Abs 2 nicht berufen. Pfändung und Überweisung erfolgen nach § 830 Abs 2, § 837 Abs 2 ZPO gemäß §§ 829, 835 ZPO. Die Übertragung des Anspruchs auf noch nicht fällige Einzelleistungen bestimmt sich nach den für die Übertragung des Hauptrechts geltenden Vorschriften, also nach § 873. Soweit es sich dabei um Leistungen der im § 1158 bezeichneten Art handelt, gelten nach § 1158 für das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger die §§ 404, 406—408, während hinsichtlich anderer nicht fälliger Leistungen der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugunsten des Erwerbers wirkt. — Wegen der Übertragbarkeit vgl. § 1111 A 2. Soweit die Einzelleistung übertragbar ist, kann sie auch belastet (z. B. nach §§ 1274, 398 verpfändet) werden. — Erlöschen des Anspruchs auf die Einzelleistung tritt, sofern nicht einem Dritten (z. B. zufolge Abtretung) ein Recht darauf zusteht, nach § 1178 Abs 1 infolge Vereinigung des Eigentums mit der Reallastberechtigung in einer Person ein, wiewohl nach § 889 die Reallastberechtigung selbst trotz der Vereinigung nicht erlischt. Für die Dauer der Vereinigung kommen bezüglich der fällig werdenden Einzelleistungen, für die der Eigentümer nach § 1108 persönlich haftet, die §§ 1177 Abs 2, 1197 (Vereinigung des Eigentums mit einer verzinslichen Hypothek, deren Forderung dem Eigentümer selbst zusteht) zur Anwendung, wonach der Eigentümer und gleichzeitige Reallastberechtigte fällig gewordene Einzelleistungen nur im Falle der von einem anderen ausgebrachten Zwangsverwaltung und auch nur für deren Dauer aus der Zwangsverwaltungsmasse verlangen kann, also im Falle der Zwangsversteigerung aus der Zwangsversteigerungsmasse überhaupt nicht (vgl. RG 60, 362). — Zum Verzicht auf rückständige Einzelleistungen genügt nach § 1178 Abs 2 die formlose Erklärung des Reallastberechtigten gegenüber dem Eigentümer mit der Maßgabe, daß, solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch (z. B. zufolge Abtretung) zusteht, die Zustimmung des Dritten erforderlich ist. Für den Verzicht auf noch nicht fällige Einzelleistungen ist § 875 maßgebend, wonach es insbesondere der Eintragung in das Grundbuch bedarf. — Nach §§ 194, 197, 201, in Verbindung mit § 902 Abs 1 Satz 2 vollzieht sich die Verjährung rückständiger Einzelleistungen ebenso wie die rückständiger Hypothekenzinsen in vierjähriger Verjährungsfrist, die mit dem Schlusse des Jahres beginnt, in dem der Anspruch auf die Einzelleistung zur Entstehung gelangt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Einzelleistungen „regelmäßig" wiederkehrende oder, was dem Wesen der Reallast nicht widerstreitet (s. § 1105 A 6), nicht in regelmäßig wieder-

kehrenden Zeiten zu entrichtende Leistungen sind. Aus der Bestimmung des § 197, daß die Ansprüche auf Rückstände von Renten, Auszugsleistungen, Besoldungen, Wartegeldern, Ruhegehalten, Unterhaltsbeiträgen und allen anderen „regelmäßig" wiederkehrenden Leistungen ebenso wie Ansprüche auf Rückstände von Zinsen, die nicht regelmäßig wiederkehrende zu sein brauchen, in vier Jahren verjähren sollen, ist nicht zu folgern, daß nur „regelmäßig" wiederkehrende Einzelleistungen aus der Reallast in vier Jahren verjähren. In M 3, 306 war zwar bemerkt, daß zu den regelmäßig wiederkehrenden Leistungen namentlich die Reallasten gehören; jedoch war dabei hinzugefügt, „soweit bei diesen die bezeichnete Voraussetzung zutrifft", und auf § 1060 verwiesen, der dem § 1107 des Gesetzes entspricht. Danach, sowie weil § 1107 als eine Sonderbestimmung anzusehen ist, stehen auch unregelmäßig wiederkehrende Leistungen aus einer ein Grundstück im Sinne des § 1105 belastenden Reallast hinsichtlich der Verjährung den Hypothekenzinsen gleich (str.). — Die **Befriedigung** wegen der Einzelleistungen (wegen des ganzen Rechtes s. § 1105 A 4) aus dem Grundstücke erfolgt nach §§ 1147, 1148 im Wege der Zwangsvollstreckung (Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung) auf Grund eines gegen den eingetragenen Eigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung gerichteten vollstreckbaren Titels. Dieser kann auch eine vollstreckbare Urkunde sein, soweit die Voraussetzungen des § 794 Nr 5 ZPO (Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder auf Leistung einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere) vorliegen. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen der Reallast im ganzen ist allerdings, mögen auch die Einzelleistungen in Geldrenten bestehen, nicht zulässig, da § 800 ZPO eine solche Unterwerfung nur in Ansehung einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld gestattet und § 1107 nur den Rechtsinhalt betrifft, überdies auch auf die Reallastberechtigung im ganzen nicht Anwendung findet (vgl. OLG 5, 132). Steht die Reallast **auf mehreren Grundstücken** eingetragen, so kann der Berechtigte gemäß § 1132 Abs 1 wegen der Einzelleistungen die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teile suchen. Der Abs 2 § 1132 (Verteilung) aber ist nicht anwendbar, da er sich auf Hypothekenzinsen nicht bezieht. Bezüglich der Befriedigung **durch einen Dritten** gilt § 1150 nebst § 268. Im Falle **gefährdender Verschlechterung** des Grundstücks durch unwirtschaftliche Einwirkungen und Maßnahmen des Eigentümers, die den Wert oder den Bestand des Grundstücks verringern, kann der Reallastberechtigte zur Sicherung der Einzelleistungen dagegen mit Maßregeln, die den in den §§ 1134, 1135 entsprechen, einschreiten, insbesondere durch Unterlassungsklage, von dem Gesichtspunkt, daß der Berechtigte eine nach dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Eigentümer widerrechtliche Gefährdung der Sicherheit seines Rechtes nicht zu dulden braucht (str.; vgl. **RG** Gruch 48, 351; 61, 319 [Warn 1916 Nr 282]; OLG 29, 359, wo jedoch die §§ 1134, 1135 unmittelbar für anwendbar erachtet worden sind, weil sie nicht nur für die Hypothek, sondern auch für das Zinsrecht der Hypothek [§ 1118] zur Sicherung bestimmt seien). Nicht anwendbar ist § 1133, da er nur die Herbeiführung der Fälligkeit des Hypothekenkapitals wegen Gefährdung der Sicherheit betrifft. — Auch sonst finden Bestimmungen über Hypothekenzinsen dann nicht Anwendung, wenn sich aus dem Gesetze etwas anderes ergibt. So ist der die **Eintragung** der Hypothek betreffende § 1115 auf die einzelnen Reallastleistungen nicht anwendbar, weil die Ausnahmebestimmung in § 1115 Abs 1 Halbs 1 (Angabe des Geldbetrags im Grundbuch) lediglich für die Eintragung der Hypothek gilt und sich die Eintragung der Reallast nach § 874 BGB, § 50 GBO richtet (**RG** 54, 93; RJA 2, 192). Ferner sind gegenüber dem Anspruche auf einzelne Realleistungen die Einreden aus §§ 1137, 1138 nicht gegeben, da diese eine dem dinglichen Rechte zugrunde liegende persönliche Forderung zur Voraussetzung haben (s. A 1). — Wohl aber ist § 289 anwendbar und daraus folgt, daß **Verzugszinsen** von rückständigen Einzelleistungen nicht zu entrichten sind. — Wegen der **Wirkung des Urteils** über einen Anspruch aus einer Reallast im Falle der Veräußerung des belasteten Grundstücks vgl. § 325 Abs 3 ZPO. — Hinsichtlich des Rechtes gewisser Einzelleistungen auf **vorzugsweise Befriedigung** bei der Zwangsversteigerung vgl. § 10 Nr 4 ZVG.

§ 1108

Der Eigentümer[1]) haftet für die während der Dauer seines Eigentums fällig[2]) werdenden Leistungen auch persönlich[3]), soweit nicht ein anderes bestimmt ist[4]).

Wird das Grundstück geteilt[5]), so haften die Eigentümer der einzelnen Teile als Gesamtschuldner[6]).

E I 1056 II 1017; M 3 587, 588; P 3 730, 735 f.

1. Sind **Mehrere Eigentümer** des belasteten Grundstücks oder steht die Reallast auf mehreren, verschiedenen Personen gehörigen Grundstücken eingetragen, so findet die Vor-

schrift des § 420 Anwendung, wonach, wenn mehrere eine teilbare Leistung schulden, im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteile verpflichtet ist. Aus Abs 2 § 1108 ist eine Haftung als Gesamtschuldner auch bei teilbaren Leistungen nicht zu entnehmen, da er eine Sonderbestimmung gibt, die darauf beruht, daß im Falle der Teilung des belasteten Grundstücks eine Teilung der Schuld unter die verschiedenen Eigentümer nach Köpfen gegenüber dem Berechtigten unbillig erscheint und auch ein Teilungsmaßstab fehlt (M 3, 588). Würden mehrere Eigentümer allgemein als Gesamtschuldner haften, so hätte es der Aufnahme des Abs 2 nicht bedurft, da die Grundstücksteile zu selbständigen Grundstücken werden und also nunmehr die Reallast auf mehreren, verschiedenen Eigentümern gehörigen Grundstücken lastet. Die Aufnahme des Abs 2 spricht daher gerade gegen die allgemeine Haftung als Gesamtschuldner (str., vgl. M 3, 588). Nur dann, wenn die Miteigentümer bzw. die Eigentümer der mehreren Grundstücke selbst die Reallast gemeinschaftlich bestellt haben, kann die nur für den Zweifelsfall gegebene Bestimmung des § 420 nicht gelten und ist als Wille der Beteiligten Haftung als Gesamtschuldner nach § 421 auch hinsichtlich teilbarer Leistungen anzunehmen, und zwar ohne Rücksicht auf § 427, der nur dann in Betracht käme, wenn sich die mehreren Eigentümer gegenüber dem Berechtigten durch besonderen Vertrag gemeinschaftlich zur Gewährung der teilbaren Leistungen verpflichtet hätten (str.). Das Verhältnis der mehreren Eigentümer zueinander bestimmt sich nach §§ 748 u. 755.

2. Soweit die dem Eigentümer obliegenden Einzelleistungen **während der Dauer seines Eigentums fällig** geworden sind, bleibt seine persönliche Haftung bestehen, auch wenn er nicht mehr Eigentümer ist, z. B. das Grundstück veräußert oder nach § 928 aufgegeben hat. Anderseits haftet er für die zur Besitzzeit eines Rechtsvorgängers fällig gewordenen Leistungen nicht persönlich, sondern nur dinglich mit dem Grundstücke, wie auch für die Rückstände aus seiner Besitzzeit sein Besitznachfolger nur dinglich haftet, falls dieser nicht etwa sein Erbe ist oder die Schuld ausdrücklich übernommen hat. Im Verhältnisse zwischen dem bisherigen Eigentümer und dem Besitznachfolger aber bestimmt sich die Verpflichtung zur Tragung der Leistungen nach § 103.

3. **Auch persönlich haftet der Eigentümer** für die betreffenden (s. A 2) Einzelleistungen neben der aus § 1105 sich ergebenden dinglichen Haftung mit dem Grundstücke (vgl. für früheres Recht **RG** 16, 141; 60, 56), und zwar gleichviel, ob er der Besteller der Reallast ist oder nicht (**RG** 70, 172), und auf welche Weise das Eigentum von ihm erworben, z. B. auch wenn ihm das Grundstück als Ersteher zugeschlagen ist (vgl. **RG** 60, 56). Auf die persönliche Haftung finden die allgemeinen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse Anwendung. Sie erlischt insbesondere nach Maßgabe der §§ 362ff. — Für die dingliche Klage auf Leistung zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (s. § 1107 A 2 „Befriedigung") ist das Gericht des belegenen Grundstücks nach § 24 ZPO ausschließlich zuständig. In diesem Gerichtsstande kann nach § 26 ZPO auch die persönliche Klage gegen den Eigentümer erhoben werden (vgl. auch § 25 ZPO). Im Falle einer Klage auf künftige Entrichtung von Realleistungen gemäß § 258 ZPO darf der beklagte Eigentümer, wenn er das Grundstück im Laufe des Rechtsstreits veräußert, wegen der erst nach der Veräußerung fällig werdenden Leistungen nicht verurteilt werden, da er für diese Leistungen weder dinglich noch persönlich haftet (s. A 2; **RG** 70, 172).

4. Eine **andere Bestimmung** kann bei Bestellung der Reallast oder nachträglich durch Vertrag zwischen dem Eigentümer und dem Reallastberechtigten getroffen werden. Dabei kann die persönliche Haftung beschränkt oder auch gänzlich ausgeschlossen werden, so daß eine Reallast mit lediglich dinglicher Haftung auch hinsichtlich der Einzelleistungen besteht. Da die dingliche Belastung mit einer Reallast kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift an sich die Wirkung hat, daß der Eigentümer für die zu seiner Besitzzeit fällig werdenden Einzelleistungen persönlich haftet und nur eine andere Bestimmung vom Gesetze zugelassen ist, so betrifft eine solche andere Bestimmung den Inhalt der dinglichen Belastung selbst. Deshalb findet hierauf, wenn sie bei der Bestellung erfolgt, § 873, und, wenn sie nachträglich festgesetzt wird, § 877 Anwendung. Sie bedarf daher zur dinglichen Wirkung (z. B. gegenüber einem Erwerber der Reallastberechtigung) der Eintragung (str.).

5. **Wird das Grundstück geteilt,** so haften die einzelnen Teile für die Reallast im ganzen und für die Einzelleistungen wie bisher. Die Reallastberechtigung wird auf die für die abgetrennten Teile anzulegenden neuen Grundbuchblätter übertragen. Bezüglich der Befriedigung wegen der Einzelleistungen aus der Gesamtheit der Grundstücksteile findet § 1132 Abs 1 gemäß § 1107 Anwendung (s. § 1107 A 2 „Befriedigung"). Soll die Übertragung nicht erfolgen, so ist Aufgabeerklärung des Reallastberechtigten bezüglich der freizulassenden Teile gemäß § 875 erforderlich und kommt ferner, wenn die Reallast mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, § 876 zur Anwendung. Vgl. auch § 21 GBO. Jedoch kann gemäß Art 120 Abs 1, 2 Nr 1 EG nach landesgesetzlicher Vorschrift auf Grund eines Unschädlichkeitszeugnisses die belastungsfreie Abschreibung bzw. die Verteilung der Reallast auf die einzelnen Teile erfolgen. Vgl. ferner bezüglich der Reallasten für den Staat oder eine öffentliche Anstalt Art 121 EG. Über

Teilbarkeit und Verteilung einer Deichlast vgl. OLG 12, 131. — Wegen der Teilung des Grundstücks des Berechtigten vgl. § 1109.

6. Wegen des gesetzgeberischen Grundes für die Haftung der Teileigentümer **als Gesamtschuldner** s. A 1. Auf die Gesamthaftung finden die §§ 421—426 Anwendung.

§ 1109

Wird das Grundstück des Berechtigten geteilt[1]), so besteht die Reallast für die einzelnen Teile fort[2]). Ist die Leistung teilbar, so bestimmen sich die Anteile der Eigentümer nach dem Verhältnisse der Größe der Teile; ist sie nicht teilbar, so finden die Vorschriften des § 432 Anwendung[3]). Die Ausübung des Rechtes ist im Zweifel nur in der Weise zulässig, daß sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird[4]).

Der Berechtigte kann bestimmen, daß das Recht nur mit einem der Teile verbunden sein soll. Die Bestimmung hat dem Grundbuchamte gegenüber zu erfolgen und bedarf der Eintragung in das Grundbuch; die Vorschriften der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung[5]). Veräußert der Berechtigte einen Teil des Grundstücks, ohne eine solche Bestimmung zu treffen, so bleibt das Recht mit dem Teile verbunden, den er behält[6]).

Gereicht die Reallast nur einem der Teile zum Vorteile, so bleibt sie mit diesem Teile allein verbunden[7]).

E I 1058 II 1019; M 3 590; P 3 736 f.

1. Eine **Teilung des Grundstücks des Berechtigten** im Falle der subjektiv-dinglichen Reallast, auf den der § 1109 sich bezieht, erfolgt in der Regel aus dem Grunde, weil ein Teil oder mehrere Teile oder auch sämtliche Teile des bisher in einer Hand befindlich gewesenen Grundstücks, namentlich zufolge Veräußerung, in das Eigentum eines anderen übergehen. Der Eigentümer kann aber auch kraft seines Eigentums das bisher einheitliche Grundstück ohne eine Veräußerung dergestalt teilen, daß ein bisheriger Bestandteil zu einem selbständigen Grundstücke wird, sei es unter Übertragung auf ein anderes Grundbuchblatt, sei es unter Eintragung als selbständiges Grundstück auf dem bisherigen Grundbuchblatt (§§ 3, 4, 96 GBO). Auch auf diesen Fall der Teilung ohne Eigentumswechsel findet § 1109 Anwendung. — Wird umgekehrt das Grundstück des Berechtigten mit einem anderen Grundstücke vereinigt (§ 890 Abs 1) oder einem anderen Grundstücke zugeschrieben (§ 890 Abs 2), so wird nach dem Grundsatze der Untrennbarkeit der Reallastberechtigung von dem berechtigten Grundstücke (§ 1110) das andere Grundstück nicht mitberechtigt (M 3, 592). Deshalb ist im Grundbuche zu vermerken, daß nur das erstere Grundstück berechtigt ist.

2. Die als Regelsatz aufgestellte Bestimmung, daß die **Reallast für die einzelnen Teile fortbesteht,** bedeutet, daß die Reallastberechtigung als Ganzes (vgl. **RG** 75, 163) im Gegensatze zu den einzelnen Leistungen, über die Satz 2 Bestimmung trifft, für die einzelnen Teile als nunmehr selbständige Grundstücke in der Weise besteht, daß die Reallastberechtigung ein gemeinschaftliches Recht der einzelnen Grundstücke im Sinne der §§ 741 ff. ist. Dadurch wird der Umfang der Belastung des verpflichteten Grundstücks selbstverständlich nicht vergrößert. Was bezüglich der Ausübung des Rechtes im Hinblick auf eine etwaige größere Beschwerung des Eigentümers zu gelten hat, bestimmt Abs 1 Satz 3. — Die Regel gilt jedoch nicht für sog. Reallasten mit lokaler Beziehung zu dem berechtigten Grundstücke. Für diese ist Abs 3 maßgebend. Aber auch für die sog. Reallasten ohne lokale Beziehung (z. B. Geldleistungen) gilt die Regel nach Abs 2 Satz 1 nicht, wenn der Berechtigte die dort zugelassene Bestimmung nach Maßgabe des Abs 2 Satz 2 trifft, daß das Recht nur mit einem der Teile verbunden sein soll; und nach Abs 2 Satz 3 ferner nicht, wenn der Berechtigte einen Teil des Grundstücks veräußert, den anderen für sich behält, indem dann, auch wenn der Berechtigte eine Bestimmung der vorbezeichneten Art nicht trifft, das Recht nur mit dem dem Berechtigten verbleibenden Teile verbunden bleibt.

3. Sind die **Einzelleistungen teilbar** (vgl. § 752, OLG 12, 132), so sind die mehreren Berechtigten hinsichtlich ihrer nur teilberechtigt, und zwar, anders wie nach der für die Gemeinschaft gegebenen Vorschrift des § 742, nach Verhältnis der Größe ihrer Grundstücksteile; während im Falle der **Unteilbarkeit** nach dem anzuwendenden § 432 der verpflichtete Eigentümer nur an alle Berechtigten gemeinschaftlich leisten und jeder Berechtigte nur die Leistung an alle fordern, aber verlangen kann, daß der verpflichtete Eigentümer die geschuldete Leistung für alle Berechtigten hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich (vgl. § 165 FGG) zu bestellenden Verwahrer abliefert.

4. Nur **im Zweifel** darf, entsprechend der Vorschrift des § 1025 Satz 1, die Ausübung des Rechtes durch die mehreren Berechtigten **für den verpflichteten Eigentümer nicht beschwerlicher** sein. Diese Auslegungsregel greift daher nicht Platz, wenn bei der Bestellung der Reallast für den Fall der Teilung eine dem verpflichteten Eigentümer beschwerlichere Ausübung für zulässig erklärt ist.

5. Die **Bestimmung des Berechtigten, daß** die Reallast **nur mit einem der Teile verbunden sein soll,** bedarf keiner Form. Sie muß aber **gegenüber dem Grundbuchamt** (vgl. § 875 A 10) erfolgen und in das Grundbuch des belasteten Grundstücks eingetragen werden. Gemäß der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des **§ 876** ist, wenn das Grundstück des Berechtigten mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, die Zustimmung des Dritten erforderlich, es sei denn, daß sein Recht durch die Aufhebung nicht berührt wird. Nach § 21 GBO jedoch bedarf es formellrechtlich zur Löschung auf dem Blatte des nicht mehr berechtigten Teiles (bzw. Nichtübertragung) der Zustimmung nur dann, wenn die Reallastberechtigung auf dem Blatte des berechtigten Grundstücks gemäß § 8 Abs 1 GBO vermerkt ist. Nach Maßgabe des **§ 878** wird die Bestimmung des Berechtigten durch nachträgliche Verfügungsbeschränkung nicht unwirksam. Vgl. ferner Art 120 Abs 2 Nr 2 EG (Unschädlichkeitszeugnis).

6. **Veräußert der Berechtigte einen Teil des Grundstücks,** so kann er gemäß Abs 2 Satz 1 bestimmen, daß dem veräußerten oder daß dem zurückbehaltenen Teile das Recht ausschließlich zustehen soll. In beiden Fällen findet § 876 Anwendung (s. A 5). Trifft der Berechtigte **keine Bestimmung,** so bleibt nach Abs 2 Satz 3 das Recht mit dem zurückbehaltenen Teil ausschließlich verbunden. Dies wird vom Gesetz als gewollt unterstellt (M 3, 591). Daher ist auch in diesem Falle entgegen der herrschenden Meinung die Anwendung des § 876 für geboten zu erachten. Denn das Erlöschen des Rechtes für den veräußerten Teil ist nicht gesetzliche Folge der Veräußerung, sondern ist ebenso wie in den vorgenannten beiden Fällen auf den Willen des Berechtigten zurückzuführen, der nach dem Gesetz in dem ohne Bestimmung geschlossenen Veräußerungsgeschäfte genügend zum Ausdrucke gebracht sein soll.

7. **Gereicht die Reallast nur einem der Teile zum Vorteil,** so erlischt sie zufolge der Teilung an den anderen Teilen (vgl. § 1025 Satz 2). Sie ist auf den Blättern dieser von Amts wegen zu löschen (§ 8 Abs 2 GBO). Der Zustimmung Dritter, mit deren Recht das Grundstück belastet ist, bedarf es nach § 876 Satz 2 hier nicht, da ihr Recht durch die Aufhebung der Reallastberechtigung für die anderen Teile nicht berührt wird.

§ 1110

Eine zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehende Reallast kann nicht von dem Eigentum an diesem Grundstücke getrennt werden[1]).

E I 1057 II 1018; M 3 589; P 3 736 f.

1. Aus dem hier, wie für das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht im § 1003 Abs 1, aufgestellten **Grundsatze der Untrennbarkeit der subjektiv-dinglichen Reallast** folgt, daß die Reallast für sich allein, ohne das berechtigte Grundstück, auf ein anderes Rechtssubjekt, sei es eine Person oder ein anderes Grundstück, nicht übertragen und daher auch nicht gepfändet werden kann (vgl. **RG** 12, 202), daß ferner ihre Belastung nur zugleich mit der des Grundstücks erfolgen kann, und daß sie im Falle der Veräußerung des Grundstücks, sei es auch im Wege der Zwangsversteigerung (§ 865 Abs 1 ZPO; § 20 Abs 2; § 90 Abs 2 ZVG), auf den Erwerber mitübergeht (M 3, 590; Prot 3, 737). — Auf die vor Inkrafttreten des BGB begründeten Reallasten findet § 1110 gemäß Art 184 EG keine Anwendung. Denn zum Inhalte des Rechtes im Sinne letzterer Vorschrift gehört auch die Übertragbarkeit, da unter dem Inhalte eines Rechtes die Gesamtheit der Befugnisse und Verpflichtungen des Berechtigten zu verstehen ist (str.).

§ 1111

Eine zugunsten einer bestimmten Person bestehende Reallast kann nicht mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden werden[1]).

Ist der Anspruch auf die einzelne Leistung nicht übertragbar, so kann das Recht nicht veräußert oder belastet werden[2]).

E I 1059 II 1020; M 3 592; P 3 738.

1. Die **Verbindung der subjektiv-persönlichen Reallast mit dem Eigentum an einem Grundstück,** also die Umwandlung einer solchen Reallast in eine subjektiv-dingliche, ist verboten, weil dadurch der Verpflichtete beschwert werden würde.

2. Regelmäßig kann die subjektiv-persönliche Reallast als Ganzes **veräußert** und (z. B. mit einem Nießbrauch, einem Pfandrecht) **belastet** werden, und zwar gemäß § 873 (Pfändung

nach § 857 Abs 6, § 830 Abs 1 Satz 2 ZPO). Eine Ausnahme hiervon enthält Abs 2 für den Fall, daß die **Einzelleistung,** deren zulässige Übertragung nach § 1107 erfolgt, ausnahmsweise **nicht übertragbar** ist. Ob ein solcher Fall vorliegt, bestimmt sich nach §§ 399, 400, 413. Vgl. auch Art 115 EG, und bezüglich der Pfändung § 851 ZPO. Als unübertragbar kommen hier namentlich in Betracht persönliche Dienstleistungen, Pflege, Bespeisung usw. seitens des Eigentümers des belasteten Grundstücks, wie sie besonders bei Altenteilen häufig sind. Auch wenn nur eine von mehreren Einzelleistungen, wie es z. B. beim Altenteil der Fall sein kann (s. OLG 8, 131), unübertragbar ist, kann nach dem Wortlaute des Abs 2 das Reallastrecht weder ganz noch zum Teil veräußert oder belastet werden. § 1059 E I (M 3, 592) und Prot 3, 738 hatten unter Aufnahme des Wortes „soweit" sich für die Zulässigkeit der Teilveräußerung entschieden. Dies ist demnächst geändert (str.). Sind mit Reallasten, wie beim Altenteil häufig, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (z. B. Wohnungsrecht, Recht zum Benutzen eines Gartens) verbunden, so sind, da die Dienstbarkeiten nicht übertragbar sind (§ 1092), die Reallasten wenigstens dann als ebenfalls unübertragbar zu erachten, wenn nach dem Willen der Beteiligten alle Rechte das gleiche rechtliche Schicksal haben sollten (KGJ 40 A 250; auch RJA 9, 69; OLG 8, 131; 34, 195). — Grundsätzlich ist das subjektiv-persönliche Reallastrecht vererblich, da Gegenteiliges nicht bestimmt ist (str.). Unvererblich ist es jedoch, wenn es nicht veräußerlich ist oder sich aus dem Wesen der Berechtigung ergibt, daß sie (wie z. B. das Altenteil) nur für die Lebenszeit des Berechtigten bestehen soll. — § 1111 gilt nach Art 189 EG auch für die früher begründeten Reallasten.

§ 1112

Ist der Berechtigte unbekannt, so finden auf die Ausschließung seines Rechtes die Vorschriften des § 1104 entsprechende Anwendung[1]).

E II 1021; P 3 738.

1. Wird der **unbekannte Berechtigte** einer subjektiv-persönlichen Reallast wie ein unbekannter Hypothekengläubiger oder Vorkaufsberechtigter unter den Voraussetzungen der §§ 1104, 1170 BGB im Aufgebotsverfahren nach Maßgabe der §§ 946ff., 988, 1024 ZPO durch vorbehaltloses (vgl. **RG** 67, 95; RJA 6, 145) Ausschlußurteil mit seinem Recht ausgeschlossen, so erlischt das Recht und kann unter Vorlegung des Ausschlußurteils Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung gemäß § 22 GBO beantragt werden. — Dies gilt nach Art 189 EG auch für die früher begründeten Reallasten.

Achter Abschnitt

Hypothek Grundschuld Rentenschuld

1. Die **Rechtsformen der hypothekarischen Belastung** sind **Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld.** Die Begriffsbestimmung für die Hypothek gibt § 1113, für die Grundschuld § 1191 und für die Rentenschuld § 1199. Danach haben alle drei Belastungsarten die Zahlung bestimmter Geldsummen aus dem Grundstück, und zwar die Rentenschuld solche Zahlung in regelmäßig wiederkehrenden Terminen, zum Gegenstande. Der Unterschied zwischen der Hypothek einerseits und der Grundschuld sowie der Rentenschuld anderseits besteht darin, daß bei der ersteren die Zahlung zur Befriedigung einer dem Berechtigten zustehenden persönlichen Forderung, die in der Eintragungsbewilligung und im Eintragungsvermerke zu bezeichnen ist (§ 1115 A 1, 3), erfolgen soll, während die beiden letzteren grundsätzlich mit einem Forderungsrechte in keinem Zusammenhange stehen (vgl. § 1192). Bei der Grundschuld (Rentenschuld) haftet dem Gläubiger lediglich das Grundstück. Dagegen kann der Gläubiger bei der Hypothek sich auch an seinen persönlichen Schuldner halten, also, wenn dieser zugleich Grundstückseigentümer ist, auch an sein sonstiges Vermögen. Anderseits ist der Rechtsbestand der Grundschuld (Rentenschuld) von dem Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung, die dem Gläubiger daneben etwa noch zusteht, völlig unabhängig. Bei der Hypothek hat das Nichtbestehen oder das Erlöschen der Forderung zwar auch nicht die Folge, daß das dingliche Recht nichtig ist oder wird. Aber es wird dann das dingliche Recht aus einer Hypothek für den Gläubiger zu einer Grundschuld für den Eigentümer (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1). Ferner kann der Eigentümer bei der Hypothek gegenüber der Verfolgung des dinglichen Rechtes auch die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen (§ 1137). — Jedoch scheidet sich die Hypothek in letzterer Hinsicht, sowie auch nach anderer Richtung in zwei Arten: **Sicherungshypothek,** deren Begriffsbestimmung § 1184 gibt, und gewöhnliche Hypothek, die mit dem im BGB allerdings nicht enthaltenen Ausdruck **Verkehrshypothek** bezeichnet zu werden pflegt. Bei Geltendmachung des dinglichen Rechtes (dinglichen Klage, s. § 1147 A 4) aus der Verkehrshypothek wirkt der öffentliche Glaube des

Grundbuchs auch in Ansehung der Forderung, so daß deren Bestehen vermutet wird und dem gutgläubigen Erwerber der Hypothek Einwendungen aus dem persönlichen Schuldverhältnis und aus der Person seines Rechtsvorgängers nicht entgegengesetzt werden können (§§ 1138, 1156, 892, 893, 1140), während der Sicherungshypothekar das Bestehen der Forderung beweisen muß und im Falle der Übertragung der Hypothek auf ihn sein Erwerb hinsichtlich der Einwendungen aus der Forderung gleichsteht der Übertragung einer persönlichen Forderung (§§ 1184 Abs 1, 1185 Abs 2, 404 ff.). — Im übrigen finden aber auf die Grundschuld (Rentenschuld) die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung (§§ 1192, 1199). Auch ist Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld, sowie dieser in jene zulässig (§ 1198). Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek kraft Gesetzes (§ 1177 Abs 1) in eine Grundschuld (**Eigentümergrundschuld**).

2. a) Die **rechtsgeschäftliche Begründung** eines hypothekarischen Rechtes vollzieht sich in der nämlichen Weise, in der sonst ein dingliches Recht an einem Grundstück bestellt wird. Nach § 873 ist Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger über die Hypothekbestellung und Eintragung erforderlich. Vgl. hierüber § 873 A 7, 10. Hervorzuheben ist, daß, wenn auf Bewilligung des Eigentümers die Hypothek eingetragen worden ist und der als Gläubiger Eingetragene die Hypothek, sei es auch nur stillschweigend, annimmt, die Einigung zustande kommt, mögen auch vorher Verhandlungen zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger nicht stattgefunden haben; die Eintragungsbewilligung des Eigentümers ist dann Bestandteil der Einigung (**RG** 54, 384; 89, 32; 89, 374). Zu bemerken ist ferner, daß das hypothekarische Recht (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld), wenn seine Eintragung ohne eine solche Einigung erfolgt ist und auch nachher eine Einigung nicht zustande kommt oder wenn die Einigung auch nur eines der Beteiligten (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit) nichtig oder (z. B. wegen Irrtums, Betrugs) anfechtbar und angefochten ist, der Rechtswirksamkeit entbehrt und das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig wird (**RG** 89, 31; Gruch 59, 901; JW 1912, 296[15]). Der Eigentümer kann von dem als Gläubiger Eingetragenen Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 verlangen (**RG** 89, 368; JW 1912, 296[15]). Eine nichtige Hypothek wandelt sich im Falle ihrer Vereinigung mit dem Eigentum auch nicht gemäß § 1177 Abs 1 in eine Eigentümergrundschuld um. Vgl. hierüber § 1177 A 1. Erlangt aber ein gutgläubiger Erwerber durch Rechtsgeschäft das nichtige hypothekarische Recht, so erhält dieses gemäß § 892 nunmehr rechtlichen Bestand (s. § 892 A 5). — Ausnahmen von dem Erfordernisse der Einigung gelten nach § 1188 hinsichtlich Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber und nach § 1196 hinsichtlich Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer selbst. In diesen Fällen genügt die einseitige Eintragungsbewilligung des Eigentümers. Anderseits erwirbt der Gläubiger das hypothekarische Recht im Augenblick der rechtsgültigen Bestellung, also sobald Einigung und Eintragung zusammen vorliegen, nur dann, wenn die Erteilung des Hypothekenbriefs (Grundschuldbriefs) ausgeschlossen ist (sog. Buchhypothek, Buchgrundschuld). Ist dagegen die Erteilung des Hypothekenbriefs (Grundschuldbriefs) nicht ausgeschlossen (sog. Briefhypothek, Briefgrundschuld), so erwirbt der Gläubiger die Hypothek (Grundschuld) erst mit der Übergabe des Briefes seitens des Eigentümers; bis dahin steht sie dem letzteren zu (§§ 1117, 1163 Abs 2, 1192). — Enthält dasjenige, dessen Eintragung bewilligt ist, alle Kennzeichen einer Hypothek, so hat es der Grundbuchrichter, auch wenn es in der Eintragungsbewilligung unrichtig (z. B. als Last) bezeichnet ist, als Hypothek einzutragen, und zwar in die für Hypotheken bestimmte Abteilung des Grundbuchs (**RG** 94, 7). Jedoch ist, wenn der Grundbuchrichter (versehentlich) die Eintragung unter der unrichtigen Bezeichnung bewirkt, sei es auch in eine für Hypotheken nicht bestimmte Abteilung des Grundbuchs, die Eintragung, da es sich dabei nur um Nichtbeachtung von Ordnungsvorschriften der Landesjustizverwaltungen handelt, nicht nichtig, gilt vielmehr das Eingetragene als Hypothek, sofern nur aus dem Eintragungsvermerk erkennbar ist, daß es sich um eine Hypothek handelt (**RG** 94, 8; vgl. § 873 A 10 über Richtigstellung der Eintragung in solchem Falle).

Zwischen der **Briefhypothek** (Briefgrundschuld) und der **Buchhypothek** (Buchgrundschuld) bestehen außer den vorbezeichneten auch sonst Verschiedenheiten. Dies gilt namentlich von der Form der Übertragung und der Belastung (s. unten). Ferner wird der Brief in gewisser Hinsicht dem Grundbuch hinsichtlich des öffentlichen Glaubens gleichgestellt (§§ 1140, 1155). Weiter hat der Gläubiger bei Geltendmachung der Hypothek (Grundschuld) und wenn (bei der Hypothek) der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, auch bei Geltendmachung der Forderung den Brief auf Verlangen vorzulegen (§§ 1160, 1161). Vgl. auch die §§ 1144, 1145 (Anspruch des Eigentümers auf Aushändigung bzw. Vorlegung des Briefes zwecks Herstellung eines Teilbriefs bei völliger bzw. teilweiser Befriedigung des Gläubigers). — Die Erteilung des Briefes bildet die Regel (§ 1116 Abs 1). Jedoch kann sie nach Maßgabe des § 1116 Abs 2 ausgeschlossen werden. Bei der Sicherungshypothek ist sie durch das Gesetz (§ 1185 Abs 1) ausgeschlossen, so daß eine solche Hypothek stets Buchhypothek ist.

b) Die **rechtsgeschäftliche Übertragung** und **Belastung** (mit Nießbrauch, Pfandrecht) erfolgt bei der Buchhypothek (Buchgrundschuld) in der Regel gemäß §§ 1154 Abs 3, 1069, 1274, 1291, nach § 873 durch Einigung (zwischen dem Gläubiger und dem Erwerber) und Eintragung. Ausnahme: § 1187 Satz 3 (Sicherungshypothek für Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren). Die Übertragung (Belastung) einer Briefhypothek (Briefgrundschuld) bedarf nicht der Eintragung; sie kann sich außerhalb des Grundbuchs durch Übergabe des Briefes vollziehen, erfordert aber Abtretungs- (Belastungs-) Erklärung in schriftlicher Form (§§ 1154 Abs 1, 2, 1069, 1274, 1291). Ausnahme: §§ 1159, 1200 (Rückstände an Zinsen oder anderen Nebenleistungen, Kosten), § 1195 (Grundschuld für den Inhaber des Grundschuldbriefs), § 1200 (Rentenschuld für die einzelnen Rentenschuldleistungen).

c) Für die **rechtsgeschäftliche Inhaltsänderung** ist in der Regel die Vorschrift des § 877 maßgebend. Vgl. aber die Sonderbestimmungen in §§ 1116 (Ausschließung und Einführung der Brieferteilung), 1119 (Änderung der Zinsen und Zahlungsbedingungen), 1132 Abs 2 (Verteilung der Gesamthypothek), 1180 (Ersatz der gesicherten Forderung durch eine andere), 1186 (Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek und umgekehrt), 1198 (Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt), 1203 (Umwandlung einer Rentenschuld in eine Grundschuld und umgekehrt). — Über die **Rangänderung** trifft § 880 Abs 2 Bestimmung. Vgl. ferner § 1151 (Rangänderung bei Teilung der Hypothekenforderung).

d) Für die **rechtsgeschäftliche Aufhebung** der hypothekarischen Rechte tritt zu den hinsichtlich aller dinglichen Rechte geltenden Erfordernissen des § 875 noch die weitere des § 1183 (§§ 1192, 1199) hinzu, daß der Eigentümer zustimmen muß.

3. a) Kraft Gesetzes: entstehen Sicherungshypotheken in den Fällen des § 1287 BGB und des § 848 Abs 2 ZPO (Verpfändung bzw. Pfändung eines Anspruchs auf Übertragung von Grundeigentum); werden Hypotheken gemäß verschiedenen Sonderbestimmungen auf einen anderen als den bisherigen Gläubiger übertragen (s. § 1143 A 3); wird der Inhalt der Hypothek geändert in den Fällen § 1177 Abs 1 (Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld bei Vereinigung mit dem Eigentum), §§ 1164, 1173 Abs 2, 1174, 1182 (Eintritt einer Ersatzforderung in die hypothekarische Sicherung); werden hypothekarische Rechte aufgehoben in den Fällen § 1181 (Befriedigung aus dem Grundstücke vgl. jedoch § 1182), §§ 1173—1175 (Gesamthypothek), §§ 1178, 1200 (Rückstände an Zinsen usw., Kosten, einzelne Rentenschuldleistungen).

b) **Im Wege der Zwangsvollstreckung:** werden gemäß §§ 866, 867, 932 ZPO Zwangs- und Arresthypotheken als Sicherungshypotheken eingetragen (vgl. auch §§ 128, 130 ZVG und § 54 FGG, Ersuchen des Vollstreckungsgerichts, des Vormundschaftsgerichts; ferner Art 91 EG); werden hypothekarische Rechte, auch Eigentümergrundschulden (**RG** 55, 378; 56, 13; 56, 184; 59, 313; 61, 376; 70, 279; JW 05, 81[22]) gemäß §§ 830, 857 Abs 6 ZPO gepfändet durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses und, je nachdem es sich um eine Briefhypothek (Briefgrundschuld) oder um eine Buchhypothek (Buchgrundschuld) handelt, durch Übergabe des Briefes an den Gläubiger (gleichsteht Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher; nicht auch Überweisung des Anspruchs auf Herausgabe zur Einziehung, **RG** 63, 217) oder durch Eintragung der Pfändung.

4. Über hierher gehörige **Vorbehalte für die Landesgesetzgebung** vgl. EG Artt 91 (gesetzlicher Hypothekentitel für Fiskus usw.), 112 (Bahneinheiten), 113 (Gemeinheitsteilung und Zusammenlegung von Grundstücken), 117 (Verschuldungsgrenze, Kündigungsbeschränkungen), 120 (Unschädlichkeitszeugnis), 167 (landschaftliche oder ritterschaftliche Kreditanstalten).

5. Von **anderen Reichsgesetzen,** welche hypothekarische Rechte betreffen, sind, außer der die formellrechtlichen Vorschriften bezüglich der Hypothekeintragung enthaltenden Grundbuchordnung (vgl. namentlich §§ 13, 19, 26, 27, 28, 37, 38, 40—44, 51, 54 Abs 2, 56ff., 97) und den vorbezeichneten Vorschriften der ZPO (vgl. ferner §§ 800, 897), zu nennen: HypBankG v. 13. 7. 99 (§§ 10—20); RGes., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, v. 4. 12. 99; Ges. über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 08; Ges. über Sicherung der Bauforderungen v. 1. 6. 09 (Bauhypothek, §§ 27ff.; Baugeldhypothek, §§ 33ff.).

6. Hinsichtlich der hypothekarischen Rechte des **früheren Rechtes** vgl. EG Artt 184, 188, 189, 192—195, sowie RGes., betr. die Überleitung von Hypotheken des früheren Rechtes, v. 17. 3. 06. Vgl. dazu **RG** 47, 158; 47, 229; 50, 77; 59, 289; 60, 306; 94, 8; JW 04, 403[1]; 06, 18[17], und insbesondere bezüglich der Kautionshypothek (jetzt Höchstbetragssicherungshypothek, § 1190) vgl. **RG** 48, 48; 49, 162; 52, 40; 52, 69; 52, 111; 55, 222. Eine unter der Herrschaft des preuß. EigEGes. v. 5. 5. 72 eingetragene Hypothek verwandelte sich im Falle des Nichtbestehens der gesicherten Forderung, sofern es sich nicht um eine Kautionshypothek handelte, deren Bestand durch die Entstehung der Forderung bedingt war (**RG** 49, 164; 52, 61), mit dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts des BGB am 1. Januar 1900, wenn zu dieser Zeit das Grundbuch als angelegt galt, nach Maßgabe der §§ 1163 Abs 1 Satz 1,

1177 Abs 1 BGB, Art 192 EG.BGB und Art 33 § 1 Pr.AG.BGB in eine Grundschuld für denjenigen, der in diesem Zeitpunkt Eigentümer des belasteten Grundstücks war (RG 48, 48; 50, 80; 51, 399; Gruch 47, 112; 59, 900). Über die Erfordernisse der Begründung einer Hypothek vor Anlegung des Grundbuchs (Art 189 EG) nach bayerischen Recht (Bestehen einer rechtsgültigen Forderung erforderlich) vgl. RG Warn 1916 Nr 20.

Erster Titel

Hypothek

§ 1113

Ein Grundstück¹) kann in der Weise belastet werden²), daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt³), eine bestimmte Geldsumme⁴) zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung⁵) aus dem Grundstücke zu zahlen ist⁶) (Hypothek).

Die Hypothek kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden⁷).

E I 1062 II 1022; M 3 595, 633; P 3 538, 543.

1. Nur **Grundstücke** (s. § 873 A 3) und die diesen gleichgestellten Berechtigungen (s. § 903 A 2), sowie nach § 1114 Grundstücksbruchteile, wenn sie in dem Anteil eines Miteigentümers bestehen (s. § 1114 A 1ff.), können mit hypothekarischen Rechten (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, §§ 1113, 1191, 1192, 1199) belastet werden, während Gegenstand von Pfandrechten nur bewegliche Sachen und Rechte sein können (§§ 1204ff., 1273ff.). Wenn jedoch ein Grundstück hypothekarisch belastet ist, erstreckt sich die Haftung für das hypothekarische Recht nicht nur auf die Bestandteile des Grundstücks (§§ 93, 94, 96), sondern in gewissen Grenzen auch auf bewegliche Sachen und Rechte, die in den Rechtskreis des Grundstücks fallen (§§ 1120 bis 1130). Auch Gebäude sind nur zusammen mit dem Grundstück, nicht für sich allein hypothekarisch belastbar (vgl. jedoch hinsichtlich des Stockwerkseigentums Artt 182, 189 EG). Sofern sie nach Maßgabe des § 95 mit dem Grundstück verbunden sind, gelten sie auch nur als bewegliche Sachen (vgl. § 95 A 1). — Werden mehrere selbständige Grundstücke, die einem oder verschiedenen Eigentümern gehören, hypothekarisch belastet, so entsteht eine Gesamthypothek (Gesamtgrundschuld, § 1192), für welche die Sonderbestimmungen der §§ 1132, 1172—1175, 1181 Abs 2, 1182 gelten. — Über die Wirkung der Zusammenschreibung (Zuschreibung oder Vereinigung) mehrerer hypothekarisch belasteter Grundstücke vgl. §§ 890, 1131. — An Grundstücken, die für den öffentlichen Verkehr und Gebrauch bestimmt sind (z. B. öffentliche Wege), ist insoweit, als sie nach Landesrecht (Art 65 EG, s. § 90 A 1) im Privateigentum stehen können (vgl. RG 31, 217; JW 91, 140[37]; 91, 214[53]; 94, 185[21]; 97, 49[1]; 00, 569[13]; 01, 717[1]; 02, 218[21]; 08, 153[27]; Gruch 37, 1015; 39, 883; 43, 1199), auch die Bestellung einer Hypothek ebenso, wie eines sonstigen dinglichen Rechtes, zulässig; jedoch darf das hypothekarische Recht nicht zuwider der Bestimmung solcher Grundstücke ausgeübt werden (vgl. OLG 2, 492). — Unzulässig ist nach BGB die Bestellung von Besitz- und Nutzungspfandrechten an Grundstücken. Vgl. hierüber § 873 A 6. Über den Vorbehalt für die Landesgesetzgebung hinsichtlich der sog. Revenüenhypothek bei Familienfideikommissen usw. vgl. Art 60 EG.

2. Über die Erfordernisse der im § 1113 gemeinten (s. § 873 A 5) rechtsgeschäftlichen **Belastung** eines Grundstücks mit einer Hypothek vgl. Vorbem 2a. Hinsichtlich der Art und Weise der Eintragung der Hypothek in das Grundbuch gibt § 1115 nähere Bestimmungen. Vgl. dort A 1ff. Zu bemerken ist hier noch, daß die Hypothek auch als bedingtes dingliches Recht sowie unter Setzung eines Anfangs- oder Endtermins bestellt werden kann, z. B. Bestellung einer Hypothek: für die Forderung der Kosten eines von dem Gläubiger auf dem Grundstück des Eigentümers aufzuführenden Baues unter Setzung der Bedingung für die Sicherung durch die Hypothek, daß der Bau völlig schlüsselfertig hergestellt werde (RG 93, 116); für fremde Schuld auf eine bestimmte Zeit (s. § 873 A 7; RG 68, 143; 70, 248; KGJ 33 A 238; 46, 237). Bei aufschiebender Bedingung (Anfangstermin) entsteht die Hypothek erst mit Eintritt der Bedingung (des Termins), während bei auflösender Bedingung (Endtermin) die Hypothek mit Eintritt der Bedingung (des Termins) erlischt (§§ 158, 163; RG 68, 143; JW 02 Beil 222[78]). Wird eine Hypothek unter der auflösenden Bedingung des Erlöschens der gesicherten Forderung bestellt, so hat dies die rechtliche Folge, daß bei Eintritt der Bedingung (Erlöschen der Forderung) der Eigentümer nicht gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 eine Eigentümergrundschuld erlangt (vgl. KGJ 46, 237; über die Wirkung der einer Hypothek für das Zinsrecht gesetzten auflösenden Bedingung des Erlöschens der Hauptforde-

rung vgl. § 1178 A 3). Zulässig ist auch die Bestellung einer bedingten Höchstbetragssicherungshypothek (§ 1190) für den Fall, daß eine auf einem anderen Grundstück eingetragene Hypothek einen Ausfall erleidet; um Bestellung einer Gesamthypothek für die nämliche Forderung in Gestalt einer gewöhnlichen Hypothek und einer Sicherungshypothek, die unzulässig wäre (s. § 1132 A 3), handelt es sich dabei nicht (RG 70, 248, vgl. jedoch RJA 9, 137). Die Bedingung enthält eine Verfügungsbeschränkung (s. § 892 A 11). Sie bedarf daher zur Wirksamkeit gegenüber gutgläubigen Erwerbern gemäß §§ 161 Abs 3, 892 Abs 1 Satz 2 der Eintragung in das Grundbuch. Verschieden von der Bestellung einer bedingten Hypothek ist die Bestellung einer Hypothek für eine bedingte Forderung (Abs 2). Vgl. hierüber A 7. Über Bestellung einer Hypothek mit auflösender Befristung für den einen und aufschiebender Befristung für den anderen Gläubiger vgl. A 3. — Hinsichtlich des Ranges, der einer Hypothek zu verschaffen ist, wenn ein Darlehn gegen Hypothekbestellung versprochen ist, vgl. RG 55, 128, und über die Bedeutung einer Hypothekbewilligung „an bereitester Stelle" vgl. KGJ 26 A 290.

3. Derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, muß eine bestimmte Person sein, da mit ihm die Einigung über die Hypothekbestellung zu treffen ist. Vgl. über die bestimmte Bezeichnung des Gläubigers und das Erfordernis des Besitzes der Rechtspersönlichkeit § 1115 A 3. Ferner muß der Gläubiger Inhaber der zu sichernden Forderung und vom Eigentümer verschieden sein. Daher kann eine Hypothek nicht für einen Vertreter nicht bezeichneter Gläubiger bestellt werden, es sei denn, daß ihm die Hypothekenforderung als Treuhänder zur eigenen Geltendmachung (fiduziarisch) zustehen soll (OLG 18, 186); und kann ferner der Eigentümer nicht von vornherein eine Hypothek für sich selbst bestellen (RJA 3, 213). Vgl. aber §§ 1188, 1195, 1196 (Hypothek für Schuldverschreibung auf den Inhaber, Inhabergrundschuld, Grundschuld für den Eigentümer). Als subjektiv-dingliches Recht (für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks) kann ein hypothekarisches Recht nicht bestellt werden (s. § 1115 A 3). — Mehrere Personen können Gläubiger einer einheitlichen Hypothek sein, wenn sie in einem Gemeinschaftsverhältnis (Gemeinschaft nach Bruchteilen, Gemeinschaft zur gesamten Hand, Gesamtgläubiger im Sinne des § 428) zueinander stehen (vgl. § 48 GBO; RG 75, 247; RJA 4, 128; 6, 151; KGJ 46, 226; vgl. § 1115 A 3). Andernfalls ist die Forderung in selbständige Teile geteilt und kann nur für jeden Teil eine besondere Hypothek bestellt werden (vgl. § 1115 A 3). Die Bestellung einer ungeteilten Hypothek für verschiedene Forderungen, die je einem anderen Gläubiger zustehen, ist unstatthaft (RG 75, 247). Unzulässig ist auch die Bestellung einer Hypothek für eine Forderung, die mehreren zeitlich aufeinander folgenden Gläubigern (Sukzessivberechtigung) zustehen soll, da keine Gewißheit über die Art der Vollziehung des Rechtsübergangs auf den nachfolgenden Gläubiger besteht (vgl. KGJ 38 A 271; 49, 210; s. jedoch unten bezüglich Gläubiger mit Befristung), oder für eine Forderung, die entweder dem einen oder dem anderen der mehreren Berechtigten in einem gewissen Falle zustehen wird (z. B. für die Rückgriffsforderung des einen oder des anderen von mehreren Wechselindossanten oder mehreren Mitbürgen, der auf Verlangen des Gläubigers diesen wird befriedigen müssen), da es zur Zeit ungewiß ist, wer der wirkliche Gläubiger der betreffenden Hypothek ist. Der zulässige Weg ist in Fällen der letzteren Art die Bestellung je einer Hypothek für jede bedingte Forderung nach Abs 2 (str., OLG 7, 196; RJA 4, 128). Ferner kann auch eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) nicht in der Weise bestellt werden, daß die Hypothek, soweit die (künftig etwa zur Entstehung gelangende) Forderung des ersten Gläubigers den Höchstbetrag nicht anfüllen sollte, einem zweiten Gläubiger für dessen Forderung haften soll; denn auch hier ist der wirkliche Gläubiger des betreffenden Hypothekenteils zur Zeit ungewiß, und in Wahrheit kann es sich nur um (nicht eintragungsfähige, RG 61, 374; 72, 276; 75, 250) Übertragung des als vorläufige, durch die Entstehung der Forderung des ersten Gläubigers auflösend bedingte Grundschuld dem Eigentümer zustehenden Teiles zugleich mit bedingter Einsetzung einer neuen Forderung (§ 1180) handeln (str., RG 75, 245; a. M. RJA 2, 187; 4, 129). — Zulässig ist die Bestellung einer Hypothek für den einen Gläubiger mit auflösender Befristung (Endtermin; z. B. bis zu seinem Tode) und für einen anderen mit aufschiebender Befristung (Anfangstermin; z. B. vom Tode des ersten Gläubigers ab); denn hierbei mangelt es nicht an der Bestimmtheit des Gläubigers und die Hypothek bleibt bei dem Gläubigerwechsel unverändert (RG 76, 90; 11. 2. 11 V 98/10; auch KGJ 49, 210 [Bestimmung solchen Gläubigerwechsels bei Abtretung einer Hypothek]; vgl. jedoch KGJ 38 A 271). — Wird ein Teil der Hypothek abgetreten oder ein Teil der Hypothekenforderung gemäß § 1180 Abs 2 durch die Forderung eines anderen Gläubigers ersetzt, so hört die bis dahin einheitliche Hypothek als solche zu bestehen auf und treten an ihre Stelle mehrere selbständige Hypotheken in Höhe der einzelnen Forderungsbeträge (RG 75, 249).

4. Inhalt der hypothekarischen Belastung kann nur die Zahlung einer **bestimmten Geldsumme** sein. Vgl. hierüber § 1115 A 4. Eine Vereinbarung wahlweiser Leistung von Geld oder anderen Gegenständen ist unzulässig (KGJ 25 A 150; s. jedoch OLG 14, 93). Auch

Nebenleistungen neben dem Kapital können nur auf bestimmte Geldbeträge gerichtet sein (KGJ 29 A 249; 35 A 275, auch 36 A 235). Sollen Zinsen oder andere wiederkehrende Leistungen für sich allein (ohne die Kapitalforderung) gesichert werden, so kann nur eine Sicherungshypothek zu einem bestimmten Höchstbetrag (§ 1190), nicht eine Verkehrshypothek bestellt werden (RJA 4, 38; KGJ 26 A 290).

5. Auch die gesicherte **Forderung** muß auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet sein, da die Zahlung der bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück zur Befriedigung der Forderung dienen soll und ferner § 1115 die Eintragung des „Geldbetrags" der Forderung vorschreibt (str.; vgl. RG Gruch 58, 834; KGJ 35 A 282). Ein Anspruch, der lediglich die Berechtigung, bei Festsetzung einer Entschädigung einen Abzug zu machen, zum Inhalt hat, kann nicht durch Hypothek gesichert werden, weil er nicht auf Geldzahlung gerichtet ist; es sei denn, daß er eine bedingte Forderung auf Rückzahlung in sich schließt (RG JW 1912, 351[16]). — Die Forderung muß als zum Wesen der Hypothek gehörig im Eintragungsvermerk selbst oder in der in diesem Vormerk in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung (s. RG 67, 248) derart bezeichnet werden, daß sich die Merkmale für die Unterscheidung von anderen Forderungen ergeben, namentlich ist die Angabe des Gläubigers, des Gegenstandes (§ 241) und des Schuldgrundes erforderlich (KGJ 35 A 281; 38 A 271; 40, 259; OLG 16, 154; vgl. aber hinsichtlich des Schuldgrundes RG Gruch 58, 1036 in § 1115 A 8). Als Schuldgrund genügt jedoch auch Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis im Sinne der §§ 780ff. (RG Gruch 58, 1036; KGJ 22 A 307; 26 A 278; RJA 3, 135; OLG 3, 359). Vgl. hierüber § 1115 A 8. An und für sich gehört zur Kennzeichnung der Forderung auch die Angabe des Schuldners. Der Hypothekbesteller braucht nicht zugleich Schuldner der Forderung zu sein. Auch für eine fremde Schuld kann gültig Hypothek bestellt werden (RG 60, 263; JW 98, 36[91]). Jedoch ist es, wenn nichts anderes erklärt worden ist (über den Fall einer unklaren Erklärung vgl. OLG 21, 4), selbstverständlich, daß der die Hypothek bestellende Eigentümer auch der Schuldner der Forderung ist. Deshalb bedarf es nicht stets der besonderen Bezeichnung des Schuldners in der Eintragungsbewilligung oder gar im Eintragungsvermerk; vielmehr kann diese Bezeichnung nur dann für erforderlich erachtet werden, wenn der persönliche Schuldner vom Eigentümer verschieden ist, mit der Maßgabe, daß zur Eintragung gemäß § 1115 Abs 1 Halbs 2 auch in dieser Hinsicht die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt (a. M. KGJ 35 A 283, der demnächst jedoch aufgegeben ist durch KGJ 47, 198). Dies gilt auch für die Höchstbetragshypothek (§ 1190), selbst wenn sie für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen (vgl. § 1190 A 1) bestellt worden ist (KGJ 47, 198; vgl. § 1190 A 2). Zur Vermeidung der Überfüllung des Grundbuchs hat die Aufnahme des persönlichen Schuldners in den Eintragungsvermerk überhaupt zu unterbleiben, wenn nicht besondere zwingende Gründe die Aufnahme zur Klarstellung erfordern (KGJ 47, 201). — Die gesicherte Forderung kann auch mit einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung (z. B. zu Wegebauten, zur Gewährung der Bauerlaubnis seitens einer Stadtgemeinde) verbunden sein (RG Warn 08 Nr 161; Gruch 56, 977; vgl. jedoch OLG 16, 163). — Das Gesetz (§§ 1113, 1115) geht davon aus, daß jeder Hypothek nur eine einzelne, bestimmte (wenn auch bedingte oder künftige, § 1113 Abs 2) Forderung zugrunde liegt. Sind mehrere Hypotheken für je einen Teil einer einheitlichen Forderung an dem nämlichen Grundstück bestellt, so gelten sie als im Verhältnis zueinander selbständige Hypotheken (RG 75, 249; Gruch 58, 430). Für mehrere Forderungen kann eine einheitliche Hypothek jedenfalls nur dann bestellt werden, wenn die Forderungen sämtlich dem nämlichen Gläubiger gegen den nämlichen Schuldner zustehen. Ebensowenig wie für mehrere, verschiedenen Gläubigern zustehende Forderungen (s. A 3) kann für mehrere Forderungen gegen verschiedene Schuldner eine ungeteilte Hypothek bestehen, es sei denn, daß die Schuldner in einer Verpflichtungsgemeinschaft sich befinden, z. B. Gesamtschuldner im Sinne des § 421 sind, so daß das Schicksal der Forderung gegen die mehreren Schuldner, insbesondere hinsichtlich des Erlöschens, einheitlich gestaltet ist (RG 75, 247; KGJ 46, 229; 47, 201). Dies gilt auch für die Höchstbetragshypothek (KGJ 46, 229). Durch sie werden allerdings häufig, weil sie vorzugsweise dem wechselnden Kreditverkehr zu dienen bestimmt ist, mehrere Forderungen gesichert, und es ist auch nicht für unzulässig zu erachten, daß sie für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen bestellt wird (vgl. § 1190 A 1). Jedoch muß auch bei ihr die Einheitlichkeit des Forderungsverhältnisses wenigstens insofern gewahrt bleiben, als die Forderungen dem nämlichen Gläubiger gegen den nämlichen Schuldner zustehen müssen (RG 75, 247; KGJ 47, 201). Eine Verkehrshypothek kann auch nicht in der Weise bestellt werden, daß eine oder die andere Forderung (z. B. ein Bereicherungsanspruch, wenn die erste Forderung nichtig sei) gesichert sein soll (RG JW 1911, 653[26]). Mehrere selbständige Hypotheken (für verschiedene Forderungen) können in eine einheitliche Hypothek auch dann nicht umgewandelt werden, wenn sie in der Hand eines Gläubigers vereinigt sind und die eine der anderen im Range unmittelbar folgt; eine solche Vereinigung, die liegenschaftsrechtlich keinen sachlichen Zweck hat, ist im BGB nicht vorgesehen (RJA 8, 45). Dagegen ist es zulässig, Teile einer Hypothek, die zufolge Teilabtretung vorübergehend ver-

schiedene Gläubiger gehabt haben, nunmehr aber wieder in die Hand eines Gläubigers gelangt sind, bei gleichem Range und gleichen Zahlungsbedingungen grundbuchrechtlich (z. B. hinsichtlich Erteilung eines Hypothekenbriefs) als einheitliche Hypothek zu behandeln (KGJ 46, 239). — Aus den §§ 401, 1113, 1153 Abs 1, 1154 BGB, § 830 ZPO, wonach die Hypothek „für die Forderung" besteht, und aus der im § 1153 Abs 2 bestimmten Untrennbarkeit der Hypothek von der Forderung bei der Übertragung ist zu entnehmen, daß Forderung und Hypothek dergestalt ein einheitliches Ganzes bilden, daß die Forderung das Hauptrecht, die Hypothek ein die Befriedigung dieses Hauptrechts sicherndes Nebenrecht ist (RG 81, 268). Die Streitfrage, inwieweit nach dem BGB die Hypothek ein von der Forderung abhängiges (akzessorisches) Recht sei, ist für die Rechtsanwendung bedeutungslos. Das Gesetz gibt nach einzelnen Richtungen besondere Bestimmungen hierüber (vgl. z. B. §§ 1137, 1138, 1158, 1159, 1163, 1177, 1184, 1185); weitere Folgerungen sind daraus nicht zu ziehen. Hervorzuheben ist in dieser Hinsicht nur: die Hypothek muß zwar für eine bestimmt bezeichnete Geldforderung bestellt sein; sonst ist die Hypothekeintragung nichtig (vgl. OLG 2, 9). Liegt aber diese Voraussetzung vor, so hat die Hypothekeintragung auch dann Bestand, wenn die Forderung in Wirklichkeit nicht besteht oder wenn sie später erlischt. Nur ist in diesen Fällen das als Hypothek Eingetragene rechtlich keine Hypothek, sondern zufolge besonderer gesetzlicher Vorschrift (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1) eine Grundschuld, und zwar eine solche, die nicht dem eingetragenen Gläubiger, sondern dem Eigentümer zusteht. Im Falle der rechtsgeschäftlichen Übertragung an einen gutgläubigen Erwerber wird auch die Hypothek, wenn es sich um eine Verkehrshypothek handelt (s. Vorbem 1), in der Hand des Erwerbers zu einer wirklichen Hypothek und gilt die Forderung in Ansehung des dinglichen Rechtes als bestehend (§§ 892, 1138). — Die Eintragung der Hypothek darf der Grundbuchrichter nicht von dem Nachweise des Bestehens der Forderung abhängig machen. Vielmehr hat er regelmäßig auf die bloße Angabe des Schuldverhältnisses hin die Eintragung vorzunehmen, wie aus Abs 2 (auch aufschiebend bedingte, künftige Forderung) sich ergibt. Wenn jedoch nach der Angabe das Bestehen einer gegenwärtigen oder die Entstehung einer künftigen Forderung unmöglich ist (z. B. wenn die Hypothek für den künftigen Erbteil einer Person bestellt werden soll), hat der Grundbuchrichter die Eintragung der Hypothek, weil für diese eine Forderung notwendig ist (§§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1), abzulehnen (KGJ 40, 260). — Soll nur für einen Teil einer Forderung eine Hypothek bestellt werden, so ist der Teil bestimmt anzugeben (OLG 20, 413).

6. Daß zufolge der hypothekarischen Belastung **aus dem Grundstücke zu zahlen ist,** hat in Verbindung mit § 1147 die Bedeutung: Der Gläubiger ist berechtigt, mit der dinglichen Klage aus der Hypothek und demnächst im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung aus dem Erlöse oder Ertrage des Grundstücks und der mithaftenden Gegenstände (§§ 1120—1131) zu suchen (RG 47, 269; 55, 222; 56, 324; 65, 418; 93, 236; JW 02 Beil 198). Hieraus folgt, daß das Recht des Hypothekengläubigers auf Zwangsvollstreckung in das Grundstück und die mithaftenden Gegenstände nicht völlig ausgeschlossen werden darf; eine solche Vereinbarung ist als dem Wesen der Hypothek widerstreitend nichtig (RG Gruch 58, 974). Jedoch ist es nicht unzulässig, wenn das Recht auf Zwangsvollstreckung nur in der Weise eingeschränkt wird, daß der Gläubiger nicht selbst die Zwangsversteigerung des Grundstücks soll betreiben dürfen, im übrigen aber ihm Zwangsvollstreckungsakte (z. B. Zwangsverwaltung, Pfändung von Mietzinsen) freigelassen sind, er auch in einer von einem Dritten betriebenen Zwangsversteigerung des Grundstücks seine Hypothek geltend machen darf (RG Gruch 58, 975). — Da das Grundstück selbst nicht verklagt werden kann und das Grundstück im Vermögen des Eigentümers steht, muß dieser die Parteirolle des Beklagten übernehmen und ist im Rechtsstreite gegen ihn die Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück festzustellen. Für die Forderung dagegen haftet das gesamte Vermögen des persönlichen Schuldners. Deshalb ist mit der Klage aus der Forderung gegen ihn, auch wenn er zugleich der Eigentümer ist, die Verurteilung zur Zahlung, ohne Einschränkung auf einen Haftungsgegenstand, zu verfolgen. Über die demgemäß zu stellenden Klaganträge, insbesondere auch, wenn die dingliche und die persönliche Klage (Schuldklage) gegen den Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, miteinander verbunden werden, vgl. § 1147 A 4. — Aus vorstehendem ergibt sich, daß die Hypothek nicht als eine im Falle der Nichterfüllung mit persönlichen Folgewirkungen versehene Verpflichtung des Eigentümers zur Zahlung mit Beschränkung seiner Haftung auf das Grundstück (sog. Realobligation) begründet ist (vgl. § 241: das Wesen eines Schuldverhältnisses besteht in der Verpflichtung des Schuldners zu einer Leistung), sondern daß sie lediglich das Grundstück mit der Verpflichtung belastet, aus ihm an den Gläubiger zu zahlen; hierin zeigt sich die Dinglichkeit der Hypothek, da das Wesen eines jeden dinglichen Rechtes in der unmittelbaren Unterwerfung einer Sache unter die Herrschaft einer Person in bestimmter Beziehung besteht (str.; vgl. RG 73, 143; 93, 236; RJA 11, 158). Bei der Geltendmachung der Hypothek durch Klage oder durch Kündigung, Mahnung (vgl. §§ 1141, 1156, 1160) vertritt der Eigentümer als Gegner nur notwendigerweise sein Grund-

stück. Vgl. auch § 1146 (Verzugszinsen „aus dem Grundstück"). Ihm ist aber durch § 1142 unter den dort bestimmten Voraussetzungen das Recht gewährt, durch Befriedigung des Gläubigers die Zwangsvollstreckung in das Grundstück abzuwenden. Nicht jedoch ist ihm die Verpflichtung hierzu auferlegt. Deshalb und weil dingliche Rechte an Grundstücken nur den im Gesetz zugelassenen Inhalt haben dürfen, ist die Eintragung einer Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers als solchen (im Gegensatz zum persönlichen Schuldner), den Hypothekengläubiger unter bestimmten Voraussetzungen zu befriedigen, unzulässig (RJA 11, 156). Daraus, daß die Hypothek sonach kein schuldrechtlicher Anspruch ist, folgt z. B., daß für die Hypothek zugunsten des Eigentümers (der nicht persönlicher Schuldner ist) nicht eine Bürgschaft wirksam übernommen werden kann, da diese nach § 765 die schuldrechtliche Verbindlichkeit eines Dritten voraussetzt, für die einzustehen der Bürge sich verpflichtet (**RG** 93, 236). Ferner ist die Bestellung einer Hypothek nicht (ebensowenig wie die Bestellung einer Grundschuld) als „Eingehung einer Verbindlichkeit" im Sinne des BGB (z. B. des § 817 Satz 2 Halbs. 1) zu erachten, da das BGB darunter die Begründung eines persönlichen Schuldverhältnisses versteht (vgl. §§ 364, 821, 1412ff., 1415, 1531ff., 1298, 1660) und die Hypothek eine dingliche Grundstücksbelastung ist (vgl. **RG** 73, 145; vgl. jedoch die nicht zutreffende Beurteilung von **RG** 68, 103 in **RG** 71, 435). — Auch für die während seiner Besitzzeit fällig werdenden Zinsen haftet der Eigentümer nicht persönlich (Prot 3, 576). — Jedoch ist der Anspruch aus einer Hypothek, da aus dem Grundstück zu zahlen ist, als auf eine „Leistung" gerichtet anzusehen. Daher findet z. B., wenn der aus einer Hypothek verklagte Konkursverwalter im Konkurse des Eigentümers die Hypothekbestellung nach §§ 29ff. KO einredeweise anficht, § 41 Abs 2 KO (Verweigerung der Leistung nach Ablauf der Anfechtungsfrist) Anwendung (vgl. **RG** 95, 226). — Erlischt die Hypothek zufolge Zuschlags in der Zwangsversteigerung (§§ 52, 91 ZVG), so tritt an ihre Stelle der Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse. Dieser Anspruch gilt aber nicht als ein hypothekarisches Recht, da dieses eben erloschen ist und also eine hypothekarische Grundstücksbelastung nicht mehr besteht, sondern als ein Forderungsrecht, insbesondere auch hinsichtlich der Übertragung, Pfändung, des Verzichts darauf (vgl. **RG** 55, 264; 60 S. 224, 253; 63, 216; 64, 215; 65, 419; 70, 279; JW 06, 387[13]; auch § 1168 A 1; s. jedoch hinsichtlich der Höchstbetragshypothek **RG** 55, 222).

7. Wird eine Hypothek **für eine künftige oder bedingte Forderung** bestellt, so entsteht die Hypothek, anders wie im Falle der Bestellung einer bedingten Hypothek (s. hierüber A 2), sogleich mit der Eintragung. Ist die Forderung eine auflösend bedingte (soll z. B. die Forderung beim Tode des Gläubigers erlöschen, KGJ 23 A 238, oder ist Widerruf des Schenkungsversprechens, auf das sich die Forderung gründet, vorbehalten, vgl. KGJ 29 A 245), so steht die Hypothek zunächst dem Gläubiger als wirkliche Hypothek zu; tritt die Bedingung ein, so verwandelt sich die Hypothek mit dem Erlöschen der Forderung in eine Grundschuld des Eigentümers (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1; KGJ 33 A 242). Von dem Gesichtspunkt der Hypothekbestellung für eine bedingte Forderung ist es auch für zulässig zu erachten, daß für eine schenkungsweise Zuwendung an eine Kirchengemeinde oder eine andere öffentlichrechtliche Korporation eine Hypothek eingetragen wird, bevor die für die Zuwendung erforderliche behördliche Genehmigung (z. B. nach Art 86 EG, Art 6 § 1 Pr.AG.BGB) erfolgt ist; denn die nicht genehmigte Zuwendung ist nicht von vornherein nichtig, sondern ihre Wirksamkeit ist nur von der Erteilung der Genehmigung abhängig, so daß ein Schwebezustand, ähnlich wie bei einer Bedingung, besteht (**RG** 88, 339). Soll die Forderung erst künftig entstehen, wie dies bei Höchstbetragshypotheken (§ 1190) häufig der Fall ist, oder ist sie eine aufschiebend bedingte (ist z. B. die Gewährung eines Darlehns zugesagt, **RG** 51, 43, auch OLG 14, 99, oder handelt es sich um eine durch vorzeitige Rückzahlung des Hauptkapitals bedingte Entschädigungsforderung, **RG** Gruch 57, 154; KGJ 36 A 233; 49, 216; 49, 221), so erlangt der Gläubiger die Hypothek erst mit der Entstehung der Forderung; bis dahin besteht sie als vorläufige, durch die Entstehung der Forderung auflösend bedingte Grundschuld des Eigentümers (**RG** 51, 43; 75, 250; JW 02 Beil 223[80]; 1912, 402[24]; KGJ 45, 290; 49, 217; 49, 221; vgl. § 1190 A 3). Über die Zulässigkeit der Abtretung und der Pfändung einer solchen Eigentümergrundschuld vgl. § 1163 A 3. — Abs 2 setzt, wie sich aus Abs 1 ergibt, voraus, daß die künftigen oder bedingten Forderungen eine fest bestimmte Höhe haben. Auch kann eine künftige Forderung nur dann Gegenstand der Sicherung durch Hypothek sein, wenn eine Rechtslage gegeben ist, die schon zur Zeit der Eintragung der Hypothek eine gewisse Gewähr dafür bietet, daß aus ihr in Zukunft eine Forderung entstehen werde (KGJ 37 A 280; 40, 145; vgl. bezüglich Bestellung von Verkehrshypotheken: für künftige Darlehnsforderungen aus einem Abrechnungsverhältnis, für künftige Wechselforderungen aus einem Wechselverkehr **RG** 60, 243; JW 06, 550[19]; 08, 555[16]). Zulässig ist eine Hypothek für die (schon jetzt begründete) Forderung aus einem erst nach dem Tode des Schenkgebers zu erfüllenden Schenkungsversprechen, auch wenn Widerruf vorbehalten ist (KGJ 29 A 244; 40 A 260). Dagegen nicht für den künftigen Erbanspruch der gesetzlichen Erben (OLG 14, 97; KGJ 40 A 260). — Durch eine Vereinbarung, daß der Gläubiger im Falle der Nichtzahlung der fälligen Forderung

seine Befriedigung zunächst aus dem belasteten Grundstücke suchen soll, wird die Forderung nicht zu einer bedingten; vielmehr enthält die Vereinbarung eine Tilgungsbestimmung (a. M. RJA 8, 63).

§ 1114

Ein Bruchteil[1]) eines Grundstücks kann mit einer Hypothek[2]) nur[3]) belastet werden[4]), wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers[5]) besteht.

E I 1063 II 1023; M 3 638 ff.; P 3 543 f.

1. Da nach § 1114 ein **Bruchteil** mit einer Hypothek nur belastet werden kann, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht, ist die Eintragung einer Hypothek auf einen Bruchteil, der kein Miteigentumsanteil ist, unzulässig. Der gesetzgeberische Grund hierfür ist, daß für derartige Belastungen nicht, wie für die Belastung des Anteils eines Miteigentümers, ein praktisches Bedürfnis bestehe und ihre Ausschließung mit Rücksicht auf die Erleichterung der Grundbuchführung und der Zwangsversteigerung geboten sei (M 3, 640; **RG** 68, 79; RJA 4, 53). Daher kann weder der Alleineigentümer einen Bruchteil seines Grundstücks, noch der Miteigentümer einen Bruchteil seines Miteigentumsanteils mit einer Hypothek belasten (RJA 3, 104; 4, 39). Auch der Miteigentümer zu einem Bruchteil, der den Anteil eines anderen Miteigentümers hinzuerwirbt, kann nunmehr, gleichviel ob er dadurch Alleineigentümer wird oder Teileigentümer bleibt, weder seinen früheren noch den hinzuerworbenen Bruchteil allein belasten (RJA 3, 104; 4, 39; KGJ 30 A 219; OLG 20, 407; 35, 329). Dies gilt auch dann, wenn die Einigung über die Bestellung der Hypothek (z. B. für den Kaufgeldrest) bereits vor dem Übergange des Anteils zustande gekommen ist und die Hypothek an diesem Anteil bestellt werden soll, da die Hypothek erst nach der Eintragung des Eigentumsübergangs eingetragen werden kann und zu dieser Zeit der Anteil aufgehört hat, ein selbständiger Anteil zu sein (RJA 3, 104; 4, 39; KGJ 30 A 219). Dabei macht es keinen Unterschied, ob der frühere und der hinzuerworbene Bruchteil sich in völlig gleichem Rechtszustande befinden oder ob ihre Rechtsverhältnisse, namentlich ihre Belastungen und Rechtsbeschränkungen (z. B. hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Eigentümers) voneinander verschieden sind; denn auch im letzteren Falle sind sie zufolge ihrer Vereinigung in einer Hand nicht mehr selbständige Miteigentumsanteile (RJA 4, 39). — Unzulässig ist aber auch die Belastung eines (ideellen) Teiles, der kein Bruchteil ist (**RG** 88, 26). Daher ist, wenn ein Grundstück zum Vermögen einer Gemeinschaft zur gesamten Hand gehört, z. B. zum Vermögen einer Gesellschaft (§§ 718, 719), zum Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1442, 1487, 1519, 1549), zum Nachlaßvermögen der Erbengemeinschaft (§§ 2033, 2040 Abs 1), die Bestellung einer Hypothek an dem Anteil eines der Mitberechtigten unstatthaft, da dem einzelnen Mitberechtigten ein Anteilsrecht zu einem Bruchteil nur an dem gesamten Vermögen, nicht an den einzelnen Gegenständen zusteht (**RG** 88, 26; RJA 1, 29; 3, 43; 4, 254; OLG 2, 27; 7, 321; 16, 341; 21, 38). Dies auch dann, wenn die anderen Mitberechtigten ihre Zustimmung erteilen, da die Unzulässigkeit nicht bloß aus dem Fehlen der Verfügungsmacht, sondern auch aus der Art des Belastungsgegenstandes folgt (**RG** 88, 27; RJA 3, 43). Dazu ist zu bemerken, daß nach früherem preußischen Recht allerdings eine Hypothek, die ein Miterbe an dem seinem Erbteil entsprechenden Anteil an dem zum ungeteilten Nachlasse gehörenden Grundstück bestellte, nicht schlechthin unwirksam war, vielmehr formell bestand, von dem bestellenden Miterben selbst nicht als ungültig angefochten werden durfte und sich zu einem materiell gültigen Hypothekenrechte gestalten konnte, wenn der Miterbe das Grundstück bei der Erbteilung ganz oder teilweise zum Eigentum zugeteilt erhielt, während sie freilich, wenn der Miterbe keinen Anteil am Grundstück erhielt, gegenstandslos wurde (**RG** 79, 395). Wurde das Grundstück in der Hand der Erbengemeinschaft zwangsweise versteigert, so erlangte der Hypothekengläubiger auch hier ein Recht an dem Versteigerungserlöse nicht, weil die Bedingung für das Gültigwerden der Hypothek: der Erwerb des Grundstücks durch den Miterben im Wege der Erbteilung, endgültig ausgefallen war (**RG** 79, 392). — Zulässig ist die Belastung eines körperlichen (realen) Teiles. Nach der Ordnungsvorschrift des § 6 GBO, deren Nichtbeachtung aber die Eintragung der Hypothek nicht unwirksam macht (**RG** JW 05, 319[6]), ist der belastete Teil als selbständiges Grundstück zu buchen (vgl. auch § 96 GBO).

2. Gleiches wie für die **Hypothek** gilt nach §§ 1192, 1199 auch für die Grundschuld und die Rentenschuld. Für das dingliche Vorkaufsrecht und die Reallast sind in den §§ 1095, 1106 gleiche Vorschriften gegeben. Mit einem Erbbaurecht, einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann nach der Natur dieser Rechte ein Bruchteil überhaupt nicht belastet werden. Wohl aber mit einem Nießbrauch (§ 1030 „Sache"; M 3, 494). — Streitig ist, ob § 1114 auch auf eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek entsprechend Anwendung zu finden hat. Dies ist zu bejahen, da Schwierigkeiten der Grundbuchführung und der Zwangsversteigerung, die § 1114 verhüten

will (s. A 1), auch durch Eintragung einer Vormerkung auf einen von dem Verbote des § 1114 betroffenen Teil (s. A 1) entstehen können und Vormerkungen wie eingetragene bedingte Rechte im Zwangsversteigerungsverfahren (§§ 48, 119, 120, 124, 125 ZVG; vgl. auch §§ 24, 193 KO) berücksichtigt werden (RJA 4, 255). Daher kann z. B. bei ungeteiltem Nachlaß eine Vormerkung auf den Anteil eines Miterben an einem zum Nachlasse gehörigen Grundstücke nicht eingetragen werden (RJA 4, 253), und zwar selbst dann nicht, wenn sämtliche Miterben die Eintragung bewilligen sollten (s. A 1).

3. Aus den Worten **„kann nur"** folgt, daß eine von § 1114 nicht zugelassene Belastung eines Bruchteils (oder eines Teiles, der kein Bruchteil ist, s. A 1) der Rechtswirksamkeit entbehrt und eine ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragung im Sinne des § 54 GBO ist (RJA 3, 92; OLG 16, 342; 21, 38). — Vorbehalt für die Landesgesetzgebung: Art 112 EG (Bahneinheiten); Art 113 EG (Zusammenlegung, s. dazu OLG 4, 314; KGJ 32 A 228). Über Teilhypotheken des badischen und rheinisch-französischen Rechtes vgl. **RG** 60, 310.

4. Der rechtsgeschäftlichen **Belastung** mit einer Hypothek steht nach §§ 864 Abs 2, 932 ZPO die Eintragung einer Zwangshypothek oder einer Arresthypothek gleich. Daher kann auch (s. A 1) eine Zwangshypothek oder eine Arresthypothek nicht eingetragen werden z. B. auf den Anteil: eines Miterben an einem zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Grundstück (RJA 1, 29; OLG 2, 27; 7, 321; SeuffA 63 Nr 251); eines Ehegatten an einem zum Gesamtgute der ehelichen Gütergemeinschaft gehörigen Grundstücke (OLG 16, 341). Streitig ist, ob im Falle der Zwangsversteigerung eines Miteigentumsanteils auf Ersuchen des Vollstreckungsrichters eine Sicherungshypothek für die Forderung gegen den Ersteher gemäß § 128 ZVG auf den versteigerten Anteil auch dann eingetragen werden darf, wenn den Anteil der andere Miteigentümer ersteigert hat, so daß er Alleineigentümer des Grundstücks geworden ist. Dies ist zu bejahen. Allerdings entsteht die Sicherungshypothek nach § 128 Abs 3 ZVG erst mit der Eintragung. Aber aus den §§ 90—92 in Verbindung mit § 128 Abs 1 und § 131 ZVG ergibt sich, daß der Ersteher das Grundstück, also auch einen ersteigerten Bruchteil, für den Fall der Nichtzahlung des Versteigerungserlöses belastet mit der Sicherungshypothek erwerben soll und daß zur Durchführung dieses Gesetzeswillens der Vollstreckungsrichter das Grundbuchamt gleichzeitig zu ersuchen hat, den Ersteher als Eigentümer einzutragen und die Eintragung der Sicherungshypothek zu bewirken. Gegenüber diesen Sondervorschriften, aus denen sich ergibt, daß der Eigentumsübergang auf den Ersteher seine volle Wirkung erst erlangt, wenn auf Ersuchen des Vollstreckungsrichters die aus der Kaufgelderverteilung sich ergebenden Eintragungen im Grundbuche vorgenommen werden, kann § 1114 BGB nicht Platz greifen. Die Ansicht, daß in einem solchen Falle die Sicherungshypothek auf das ganze Grundstück eingetragen werden könne und müsse, ist nicht zu billigen, da der Gläubiger dadurch eine größere Sicherheit erlangen würde, als er nach dem Gesetze beanspruchen kann (**RG** 94, 156; a. M. RJA 3, 92; 3, 255). — Ein Miteigentumsanteil kann auch für sich allein wegen einer auf dem ganzen Grundstück ruhenden Hypothek aus der Pfandhaft entlassen werden (**RG** 61, 397; 81, 83; KGJ 27 A 146), selbst wenn das Miteigentum erst durch Veräußerung eines Bruchteils des mit der Hypothek belasteten Grundstücks seitens des früheren Alleineigentümers entstanden ist, da die Miteigentumsanteile als selbständige Grundstücke gelten und daher die Hypothek eine Gesamthypothek (§ 1132) ist (KGJ 30 A 259). Nicht aber ist die Pfandentlassung eines nicht in einem Miteigentumsanteile bestehenden Bruchteils des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks (z. B. seitens des Alleineigentümers) statthaft, da dadurch der andere Bruchteil unzulässigerweise mehr, also neu belastet wird (vgl. KGJ 21 A 116; 27 A 146).

5. Die **Miteigentumsanteile** sollen nach § 48 GBO im Grundbuche in Bruchteilen angegeben sein. Ist dies nicht der Fall, so hat der Grundbuchrichter die Eintragung einer Hypothek auf einen Anteil abzulehnen (**RG** 54, 86; KGJ 20 A 304; 21 A 110; 27 A 147; OLG 4, 327; 6, 488). Jedoch ist eine unter Verstoß gegen diese Ordnungsvorschrift bewirkte Hypothekeintragung nicht unwirksam (vgl. **RG** 54, 86). — Streitig ist, ob der Eigentümer, der dadurch Alleineigentümer geworden ist, daß er zu seinem früheren Miteigentumsanteil den Anteil des anderen Miteigentümers hinzuerworben hat, die nur auf dem einen Anteil haftende Hypothek auf den anderen Anteil erstrecken kann. In **RG** 68, 79 ist dies entgegen KGJ 26 A 286 (RJA 4, 53) dann für zulässig erachtet, wenn dingliche Rechte, die der auf das ganze Grundstück zu erstreckenden Hypothek im Range gleich- oder nachständen, nicht vorhanden seien oder wenn die Inhaber solcher Zwischenrechte der Erstreckung zustimmten. Darauf ist in KGJ 36 A 237 (RJA 9, 269) unter Aufgeben der früheren Ansicht die Erstreckung allgemeinhin und ohne Rücksicht auf das Vorhandensein oder die Zustimmung von Zwischenberechtigten zugelassen. Letzteres erscheint, wenn man eine Erstreckung überhaupt für zulässig hält, folgerichtig, da das Verbot des § 1114 sich auf den Belastungsgegenstand bezieht und ein untauglicher Belastungsgegenstand nicht deshalb als ein tauglicher gelten kann, weil keine Zwischenrechte vorhanden sind oder die Inhaber der vorhandenen ihre Zustimmung zur Eintragung erteilen. Die an sich zweck-

mäßig erscheinende Zulassung läßt sich damit rechtfertigen, daß die Erstreckung zur Belastung des ganzen Grundstücks wegen der nämlichen Hypothekenforderung führt und daher die Belastung (nur) eines Bruchteils nicht zur Folge hat.

§ 1115

Bei der Eintragung der Hypothek[1]) müssen[2]) der Gläubiger[3]), der Geldbetrag der Forderung[4]) und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz[5]), wenn andere Nebenleistungen[6]) zu entrichten sind, ihr Geldbetrag[6]) im Grundbuch angegeben werden; im übrigen[7]) kann zur Bezeichnung der Forderung[8]) auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden[9]).

Bei der Eintragung der Hypothek für ein Darlehen einer Kreditanstalt, deren Satzung von der zuständigen Behörde öffentlich bekannt gemacht worden ist, genügt zur Bezeichnung der außer den Zinsen satzungsgemäß zu entrichtenden Nebenleistungen die Bezugnahme auf die Satzung[10]).

E I 1064 II 1024; M 3 640 ff.; P 3 544 ff.

1. Die **Eintragung der Hypothek** hat im allgemeinen, wie sich aus §§ 873, 1113 ergibt, in der Weise zu erfolgen, daß aus dem Grundbuch alles das ersichtlich ist, was zur Begründung der hypothekarischen Belastung erforderlich ist und für die Erkennbarkeit der Belastung nach ihrem Inhalt und Umfang Bedeutung hat (M 3, 640; RJA 12, 247; vgl. KGJ 26 A 280; 28 A 259; 34 A 279; 35 A 274). So ist z. B. bei bedingten Hypotheken auch die Bedingung einzutragen (vgl. § 874 A 4). Jedoch braucht nicht alles in den Eintragungsvermerk selbst aufgenommen zu werden. Vielmehr genügt in den Grenzen des § 874 eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Da aber § 874 nur „zur näheren Bezeichnung des Rechtes" Bezugnahme gestattet, können z. B. Verfügungsbeschränkungen (wie zufolge Bedingung, Konkurs, Bestellung eines Testamentsvollstreckers, Nacherbschaft), vereinbartes Rangverhältnis (§ 879 Abs 3), Rangvorbehalt (§ 881 Abs 2) nicht durch Bezugnahme zur Eintragung gebracht werden (vgl. auch A 7). § 1115 gibt bezüglich der Eintragung der Forderung, deren Notwendigkeit aus dem Wesen der Hypothek (§ 1113) folgt (s. auch A 8), eine Sonderbestimmung dahin, daß gewisse Merkmale der Forderung der Eintragungsvermerk selbst enthalten muß und nur im übrigen die Eintragung der Forderung durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig ist. — Überhaupt hat § 1115 nur für die Art und Weise der Eintragung seine maßgebende Bedeutung. Die Frage, ob eine bewilligte hypothekarische Eintragung ihrem Inhalte nach zulässig ist, bestimmt sich nach § 1113 (KGJ 35 A 274, 280; 36 A 233; OLG 9, 310; 18 S. 161, 186).

2. Aus dem Worte **„müssen"** folgt, daß die Hypothek nichtig ist, wenn die im Abs 1 Halbs 1 bezeichneten Merkmale der Forderung nicht im Eintragungsvermerk selbst enthalten sind, mag auch bezüglich ihrer auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen worden sein. Sie besteht auch nicht als Eigentümergrundschuld, da diese eine rechtsgültig begründete Hypothek zur Voraussetzung hat, und ist, da sie ihrem Inhalte nach unzulässig ist, gemäß § 54 GBO von Amts wegen zu löschen. Jedoch macht die Nichteintragung des Zinssatzes oder sonstiger Nebenleistungen nur das Nichteingetragene nichtig, nicht die ganze Hypothek. Unrichtigkeit der Einschreibung (z. B. unrichtige Bezeichnung: des Gläubigers, einer Hypothek als Grundschuld), berührt die Rechtswirksamkeit der Belastung als solcher nicht (s. **RG** JW 98, 272[42]; 02 Beil 223). Vgl. jedoch § 1184 Abs 2 (Sicherungshypothek).

3. Daß der Name des **Gläubigers** angegeben wird, ist vom Gesetz als wesentlicher Bestandteil der Einschreibung nicht erfordert. Es genügt daher auch eine Bezeichnung ohne Namensangabe, wenn daraus die Person des Gläubigers zweifelsfrei zu entnehmen ist (M 3, 641; **RG** 72, 40; Warn 1915 Nr 286; RJA 2, 148; 4, 130; 4, 257; OLG 26, 130; 27, 242). Regelmäßig wird allerdings Vor- und Familienname, sowie Stand und Wohnort einzuschreiben sein, und dies ist auch von den Landesjustizverwaltungen meistens den Grundbuchämtern vorgeschrieben (**RG** 72, 40; KGJ 23 A 127; 29 A 182; 39 A 223; RJA 4, 130; OLG 3, 229; 23, 320). Desgleichen bei einer Handelsgesellschaft Angabe der Gesellschaftsart neben der Firma (KGJ 39 A 218; OLG 23, 320). Eine geschiedene Frau behält den Stand (d. i. sozialen Stand, nicht Familienstand, KGJ 42, 179) ihres früheren Ehemanns so lange, als sie nicht durch Eintritt neuer Umstände (Ergreifung eines eigenen Berufs, Wiederverheiratung) einen anderen Stand erlangt; es ist aber zur Vermeidung der Irreführung über den Familienstand ein Hinweis auf die Ehetrennung, wie durch das Wort „frühere", erforderlich (KGJ 51, 140). Jedoch ist trotz Nichtbeachtung dieser Vorschriften die Hypothekeintragung rechtsgültig, wenn der Gläubiger anderweit bestimmt bezeichnet ist. Deshalb bewirkt die Eintragung einer Hypothek für einen Einzelkaufmann unter seiner

Firma, wenngleich eine solche Eintragung, da sie namentlich in Anbetracht möglichen Wechsels des Firmeninhabers nicht genügende Gewähr für fortdauernde Klarheit der Gläubigereintragung bietet, vom Grundbuchamte nicht hätte vorgenommen werden sollen (str., RJA 3, 196; KGJ 26 A 135; 37 A 227; 38 A 229; OLG 10, 230; 23 S. 320, 321 A; a. M. OLG 5, 254), doch nicht Nichtigkeit der Hypothek, da durch die Firmeneintragung der Inhaber der Firma als Gläubiger ausreichend bestimmt wird (RG 72, 40; Warn 1915 Nr 286; KGJ 26 A 138; 38 A 230; OLG 5, 255). Vgl. auch über die Art der Eintragung von Miterben, die eine ererbte Firma fortführen, OLG 21, 311. Ferner ist, wenn eine Hypothek unrichtig für einen Vertreter (Organ einer juristischen Person, z. B. Regierung in X, Kirchenvorstand, Polizeibehörde, SeuffA 57 Nr 211; KGJ 39 A 210; 51, 244) oder für eine Vermögensmasse statt auf den Namen des wirklichen Gläubigers eingetragen worden ist, die Hypothek nicht nichtig, sofern aus der Eintragung der (wahre) Gläubiger sich mit genügender Bestimmtheit ergibt. So ist z. B. eine Hypothek nicht nichtig, bei der als Gläubiger eingetragen worden ist: der Bevollmächtigte statt des Geschäftsherrn, der allein zeichnungsberechtigte Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft statt dieser (RG 79, 74; JW 98, 272[42]); ein Treuhänder statt der eigentlichen mehreren Gläubiger, wie der Lieferanten zu einem Neubau (RG 79, 121; auch OLG 18, 186); eine Konkursmasse statt des Gemeinschuldners (vgl. SeuffA 44 Nr 79; OLG 5, 7; 15, 329; auch 27, 243); ein Testamentsvollstrecker oder ein Nachlaßpfleger oder eine Nachlaßmasse, vertreten durch die Testamentsvollstrecker, statt der Erben (RJA 2, 241; KGJ 40 A 203; s. auch KGJ 34 A 276; 36 A 226; OLG 7, 375; 20, 416; 26, 126); eine Kommunalsparkasse statt des Kommunalverbandes (OLG 8, 205; 9, 360; 24, 244; s. auch RG 34, 3; 64, 400; 68, 278; KGJ 28 A 71; OLG 4, 488); die Firma der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft statt der Firma der Hauptniederlassung (vgl. RG JW 04, 297[27]; RJA 4, 47; 4, 224; s. auch RG 62, 7; RJA 7, 148; OLG 9, 351, wo angenommen ist, daß eine von der Zweigniederlassung erworbene Hypothek für die Zweigniederlassung richtig dann eingetragen wird, wenn diese eine eigene, von der Firma der Hauptniederlassung abweichende Firma hat). Hinreichend bestimmt ist die Gläubigereintragung weiter auch, wenn eine Hypothek eingetragen wird für noch unbekannte Erben (nicht den Nachlaß, KGJ 42, 223) oder Nacherben eines bestimmten Verstorbenen (RG 72, 40; RJA 4, 131; 4, 256; KGJ 36 A 226; 40 A 203; auch KGJ 23 A 128; 42, 224; OLG 6, 475). In den §§ 126, 128, 130 ZVG ist die Eintragung einer Sicherungshypothek für einen unbekannten Berechtigten wegen der auf ihn übertragenen Forderung gegen den Ersteher ausdrücklich zugelassen. Dagegen ist die Eintragung einer Hypothek für einen oder den anderen Gläubiger (alternativ) wegen mangelnder Bestimmtheit unzulässig (RJA 4, 129). Ist eine juristische Person Gläubiger, so muß sie derart bezeichnet werden, daß ihre Eigenschaft als juristische Person und ihre Eigenart deutlich erkennbar ist (KGJ 24 A 86). — Von der Frage, wie der Gläubiger eingetragen werden muß, ist zu scheiden die Frage, **wer Gläubiger** einer Hypothek **sein kann.** Für Personenvereinigungen, die zwar keine juristischen Personen sind, aber nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift unter ihrem Gesamtnamen (Firma) Rechte erwerben können, wie offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften (§§ 124, 161 Abs 2 HGB), kann eine Hypothek bestellt werden (RJA 10, 153). Vgl. auch hinsichtlich der Aktiengesellschaften, der G. m. b. H., der Genossenschaften §§ 210, 320 HGB, § 13 GmbHG, § 17 GenG. Dagegen kann ein nichtrechtsfähiger Verein oder eine Gesellschaft des BGB (§§ 54, 705 ff.) nicht Gläubiger einer Hypothek sein, da ihnen die selbständige Rechtspersönlichkeit fehlt (RJA 9, 238; 10, 153; KGJ 24 A 86; 39 A 176; OLG 5, 7). Desgleichen nicht: eine Stiftung, die erst durch behördliche Genehmigung Rechtspersönlichkeit erlangen kann und der Genehmigung ermangelt (RG 88, 88; s. aber unten: als Nacherbe); eine Reederei (KGJ 40 A 89). Soll eine Hypothek Bestandteil des betreffenden Zweckvermögens sein (§ 718), so ist sie für die Gesamtheit der Mitglieder unter Kennzeichnung des zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses (vgl. § 48 GBO) einzutragen. Gleiches gilt von Vermögensmassen, die nur durch eine einheitliche Zweckbestimmung in sich zusammengeschlossen sind und deren Inhaber gewissen Verfügungsbeschränkungen unterliegt, wie von der Konkursmasse (OLG 5, 7; 15, 330), der Nachlaßmasse (RJA 2, 241), dem Fideikommiß (KGJ 14, 152). Nur für den Inhaber der Vermögensmasse (Gemeinschuldner, Erbe, Fideikommißbesitzer) kann eine Hypothek bestellt werden; bei ihrer Eintragung ist ein die Verfügungsbeschränkung kennzeichnender Vermerk hinzuzufügen (vgl. OLG 7, 375; KGJ 36 A 227; s. jedoch oben hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit unrichtiger Eintragungen). Mehrere Personen können Gläubiger einer Hypothek sein, wenn sie hinsichtlich der Forderung Gesamtberechtigte (Gesamtgläubiger im Sinne des § 428) sind oder in einer Gemeinschaft zur gesamten Hand (z. B. eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft) stehen (vgl. § 1113 A 3). Bei der Eintragung sind sie sämtlich mit Bestimmtheit zu bezeichnen (KGJ 29 A 182) und ist nach der Ordnungsvorschrift des § 48 GBO (deren Verletzung aber die Eintragung nicht nichtig macht, KGJ 23 A 225) das Gemeinschaftsverhältnis zu vermerken (KGJ 46, 228; 50, 167). Dabei ist im Falle der Erbengemeinschaft, wenn Testamentsvollstrecker ernannt sind, dies nach der

Ordnungsvorschrift des § 53 GBO ebenfalls zu vermerken, und zwar ohne Namennennung, da die Testamentsvollstrecker wechseln können (KGJ 36 A 189; 40, 193; 50, 168). Besteht ein solches Rechtsverhältnis nicht, so kann eine einheitliche Hypothek für mehrere nicht bestellt werden, da dann einem jeden Teilhaber für sich eine selbständige Forderung zusteht (vgl. RJA 4, 246; auch KGJ 20 A 102; 26, 129, § 1113 A 3; a. M. RJA 6, 151). So ist z. B. die Bestellung einer einheitlichen Hypothek für mehrere Wechselindossanten oder für mehrere Bürgen zur Sicherung ihrer Rückgriffsansprüche nicht zulässig (vgl. § 1113 A 3). Über Zulässigkeit der Bestellung einer Hypothek mit auflösender Befristung für den einen und mit aufschiebender Befristung für den anderen Gläubiger vgl. § 1113 A 3. — Für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks kann eine Hypothek nicht bestellt werden, weil, abgesehen von der Unbestimmtheit der Gläubigerbezeichnung, danach in Wirklichkeit das Grundstück der Berechtigte wäre, das Gesetz aber die Begründung eines hypothekarischen Rechtes als eines subjektiv-dinglichen, wie bei dem Vorkaufsrecht oder der Reallast (§§ 1094, 1105), nicht zugelassen hat (RJA 4, 257). — Noch nicht Geborenen kann nach § 1 mangels der Rechtsfähigkeit eine Hypothek in der Regel nicht zustehen. Jedoch ergibt sich aus den §§ 331 Abs 2, 2101, 2105, 2162, 2178, daß das Gesetz noch unerzeugten Nachkommen (Abkömmlingen, Deszendenz) einer bestimmten Person Rechtspersönlichkeit zwar nicht allgemeinhin, aber doch insoweit beilegt, als es sich um Erwerb und Sicherung von Rechten handelt, die ihnen als Dritten in einem Vertrage oder als Nacherben oder Vermächtnisnehmern in einer letztwilligen Verfügung rechtsgültig zugewiesen worden sind (M 3, 641; **RG** 61, 356; 65, 280; KGJ 29 A 153). In den daraus sich ergebenden Grenzen, insbesondere zur Sicherung der zugewiesenen Rechte, kann auch eine Hypothek für die noch nicht erzeugte Nachkommenschaft eingetragen werden, namentlich wenn dies bei der Zuweisung bestimmt ist (**RG** 61, 356; 65, 281; KGJ 29 A 155; a. M. KGJ 20 A 243). Ferner kann eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Nachkommen auf Einräumung einer Hypothek für ein Vermächtnis eingetragen werden (RJA 3, 136). Auch wer schon erzeugt, aber noch nicht geboren ist (Leibesfrucht, § 1912), kann eine Hypothek nur durch Wahrnehmung solcher Rechte erlangen, hinsichtlich deren das Gesetz durch Sondervorschriften (s. §§ 844, 1592, 1717, 1918, 1923, 1963, 2043, 2141, 2178) ihm ausnahmsweise (§ 1) Rechtspersönlichkeit gewährt (vgl. RJA 2, 117). Nach entsprechenden Grundsätzen (vgl. §§ 84, 1923 Abs 2, 2101 Abs 2, 2105 Abs 2, 2108) kann eine Stiftung, die als Nacherbin eingesetzt ist, bei einer Nachlaßhypothek als Nacherbe eingetragen werden, bevor sie genehmigt ist (KGJ 28 A 85; 42, 224). Vorausgesetzt ist in allen diesen Fällen, daß ein Organ vorhanden ist, das für die Berechtigten die Hypothek durch Einigung mit dem Besteller (§ 873) erwerben kann (KGJ 34 A 276; 42, 224). Ist ein Pfleger für die Nachkommenschaft bestellt, so kann durch ihn auch im Wege der Umsetzung des unmittelbar zugewiesenen anderen Vermögenswerts eine Hypothek für die Nachkommenschaft erworben werden (**RG** 65, 278; KGJ 29 A 156). — Bei der Eintragung der Hypothek hat der Grundbuchrichter nicht nachzuforschen, ob die in der Eintragungsbewilligung des Gläubigers angegebene natürliche oder juristische Person tatsächlich oder rechtlich existiert; er hat sich dabei genügen zu lassen, daß der als Gläubiger Bezeichnete nach der Bezeichnung eine natürliche oder juristische Person ist, es sei denn, daß die Unrichtigkeit der Bezeichnung gerichtskundig ist oder aus den Grundakten sich ergibt (vgl. RJA 3, 199; 10, 153; KGJ 24 A 83; 28 A 75; 36 A 226; OLG 5, 7; 8, 204; 18, 159), oder daß ersichtlich es sich um einen nicht Rechtsfähigen (z. B. einen Verstorbenen) handelt (OLG 23, 323).

4. Unter dem im Eintragungsvermerke anzugebenden **Geldbetrag der Forderung** ist das Kapital in einer zahlenmäßig bestimmten Summe zu verstehen. Die Angabe von Merkmalen für die Höhe der Forderung, aus denen eine Summe berechnet werden kann (z. B. daß die Hypothek für ein Darlehn in gewissen Pfandbriefen bestellt sei), genügt nicht (KGJ 36 A 231). Nach § 28 GBO sind in der Eintragungsbewilligung oder im Eintragungsantrage einzutragende Geldbeträge in Reichswährung anzugeben. Das Grundbuchamt hat daher, wenn dies nicht geschehen ist, die Eintragung abzulehnen. Jedoch macht die unter Verletzung dieser Ordnungsvorschrift vom Grundbuchamte vorgenommene Eintragung des Geldbetrags in einer anderen Währung (z. B. einer ausländischen oder in einer nicht mehr bestehenden inländischen) die Hypothek nicht nichtig (M 3, 642). Wegen der sog. Goldklausel s. A 8. Fehlt aber die Angabe des Kapitalbetrags überhaupt, so ist die Eintragung ihrem Inhalte nach unzulässig und gemäß § 54 Abs 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen. Der im Eintragungsvermerk angegebene Geldbetrag stellt, abgesehen von den Nebenleistungen, den Höchstbetrag der Belastung dar. Auch wenn etwa die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung eine Bestimmung enthielte, aus der eine Belastung mit einem höheren Kapitalsbetrage zu folgern wäre (z. B. wenn bei einer Pfandbriefhypothek dort bestimmt ist, daß das Pfandbriefdarlehn in Pfandbriefen zurückzuzahlen sei und diese nach ihrem Kurse eine höhere Anschaffungsaufwendung erfordern), kann Befriedigung aus dem Grundstücke nur in Höhe des eingetragenen Kapitalbetrags verlangt werden (vgl. **RG** 38, 228; auch 20, 220; Gruch 36, 1094; KGJ 16, 133).

5. Die Aufnahme des **Zinssatzes** in den Eintragungsvermerk ist als wesentliches Erfordernis deshalb bestimmt, weil durch die Zinsen der Betrag der Forderung erhöht wird und diese höhere Belastung aus dem Grundbuche selbst ersichtlich sein soll (M 3, 642). Ist ein Zinssatz nicht angegeben, so kann wegen der rechtsgeschäftlichen (vorbedungenen) Zinsen Befriedigung aus dem Grundstücke nicht verlangt werden. Selbst dann nicht, wenn die Forderung als eine verzinsliche bezeichnet ist (vgl. OLG 1, 456). Gesetzliche Zinsen, insbesondere Verzugszinsen (§§ 288ff., 1146), werden in das Grundbuch nicht eingetragen; für sie haftet das Grundstück nach § 1118 kraft der Hypothek. — Unter Zinssatz ist das Verhältnis der Zinsen zu der Kapitalsumme zu verstehen, das sich aus der Höhe des Zinses der in der Regel auf 100 angenommenen Kapitaleinheit ergibt (RJA 4, 238). Jedoch genügt auch die Angabe der Zinsvergütung in gewöhnlichen Bruchteilen des Kapitals oder in einer in bestimmten Zeitabschnitten zu entrichtenden Geldsumme, wenn daraus jenes Verhältnis durch einfache Berechnung bestimmt werden kann (RJA 4, 237; KGJ 33 A 258; 36 A 235; auch 50, 154). Dagegen ist, weil der Umfang der Belastung durch die Zinsen nicht aus dem Grundbuche selbst ersichtlich ist, unzulässig die Eintragung des Zinssatzes in der Weise, daß als Zinsatz der jeweilige Bankdiskont oder der jeweilige Lombardzinssatz der Reichsbank angegeben wird (RJA 7, 135; 9, 61). — Ist die Höhe der Zinsen, was ebenso wie hinsichtlich des ganzen hypothekarischen Rechtes zulässig ist (vgl. RJA 1, 79; 7 S. 158, 264; KGJ 36 A 235), von einer Bedingung abhängig gemacht, z. B. bestimmt, daß im Falle nicht pünktlicher Zinszahlung eine Erhöhung des Zinssatzes eintreten soll, so genügt die Eintragung des Mindest- und des Höchstzinssatzes (z. B.: „4%, unter Umständen 5%") oder auch des Höchstzinssatzes allein (z. B.: „bis zu 6%") und kann hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen der eine oder der andere Zinssatz gelten soll, auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden; denn es ergibt sich auch bei dieser Angabe aus dem Grundbuch selbst der Höchstbetrag der Belastung (RJA 3, 52; 4, 42; 7, 154; KGJ 36 A 233; OLG 30, 413). Wird in einem solchen Falle später nur der Mindestsatz erhöht, so genügt ebenfalls die Eintragung der Änderung durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (OLG 30, 412). — Zinseszinsen sind, soweit ihre Vereinbarung zulässig ist (für die im § 248 Abs 2 genannten Kreditanstalten), nicht als Zinsen der Forderung, sondern als „andere Nebenleistungen" im Sinne der Abs 1, 2 anzusehen (s. A 6). — Die Bestellung einer Verkehrs- oder gewöhnlichen Sicherungshypothek nur für die laufenden Zinsen einer Forderung ist unzulässig, da die Hypothek, wie sich aus §§ 1113, 1115 ergibt, eine Kapitalforderung voraussetzt und eine bestimmte Geldsumme aus der Eintragung ersichtlich sein muß (RJA 4, 38; KGJ 26 A 290; 50, 155). Es könnte aber eine Höchstbetragshypothek für die Zinsen sowie eine Hypothek für kapitalisierte Zinsrückstände eingetragen werden (RJA 4, 38). — Ist ein höherer Zinssatz, als vereinbart war, eingetragen, so kann der Eigentümer gemäß § 894 Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des überschießenden Satzes verlangen (vgl. **RG** JW 99, 200[63]). — Über anderweite, auf Grund des Vorbehalts in Art 167 EG in Geltung befindliche Vorschriften bezüglich Eintragung der Verzinslichkeit der Darlehnshypotheken für landschaftliche Kreditanstalten vgl. KGJ 35 A 274. — Ist die Eintragung einer Hypothek für eine verzinsliche Forderung beantragt, ohne daß der Zinssatz angegeben ist, so ist, weil die Hypothek in dieser Art überhaupt nicht eintragbar ist, eine Fristbestimmung zur Ergänzung des Antrags gemäß § 18 GBO nicht zulässig; vielmehr ist der Antrag zurückzuweisen (RJA 12, 67). — Bei Höchstbetragshypotheken findet die Bestimmung über Angabe des Zinssatzes im Eintragungsvermerk keine Anwendung, weil es nach § 1190 Abs 1 zu ihrem Wesen gehört, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird und nach § 1190 Abs 2 die etwaigen Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet werden (**RG** 90, 152).

6. **Andere Nebenleistungen,** deren **Geldbetrag** im Eintragungsvermerke angegeben werden muß, sind solche Forderungen, die nicht die Eigenschaft selbständiger Kapitalforderungen haben, sondern neben der Hauptforderung zu entrichten und von ihr abhängig, jedoch nicht Zinsen sind (RJA 7, 156). Daher sind die in Gestalt von Zuschlägen zu den Zinsen zum Zwecke allmählicher Tilgung des Kapitals zu entrichtenden Beträge (Amortisationsbeiträge) nicht Nebenleistungen. Denn die Zuschläge sind nicht neben dem Kapitale, sondern als Kapitalteile zu entrichten und durch sie wird der Umfang der Belastung nicht erweitert, sondern ihre Entrichtung führt allmählich zur Tilgung des Kapitals. Da sonach ihre Festsetzung eine Zahlungsbedingung ist, bedürfen sie nicht der Aufnahme in den Eintragungsvermerk, vielmehr können sie durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur Eintragung gebracht werden (**RG** 54, 88; 89, 131; 91, 299; JW 1911, 277[5]; SeuffA 58 Nr 170; RJA 3, 137; 11, 248; KGJ 33 A 247). Ferner handelt es sich nicht um Nebenleistungen bei Vertragsstrafen, welche die Erfüllung einer vom Eigentümer im Interesse der Sicherung der Hypothek übernommenen persönlichen Verpflichtung (z. B. zur Versicherung der Gebäude) bezwecken; denn diese Vertragsstrafen sind nicht von der Hypothek als Hauptforderung abhängig, sondern nach ihrem Verfall selbständige Forderungen. Sie können nur durch eine Höchstbetragshypothek

(§ 1190) sichergestellt werden (KGJ 29 A 247; RJA 7, 154). Dagegen sind Nebenleistungen z. B.: Zinseszinsen (s. A 5; RJA 1, 81; KGJ 22 A 167; OLG 20, 408); Vertragsstrafen für unpünktliche Kapital- oder Zinszahlung (KGJ 32 A 252; 36 A 233; 49, 213; RJA 7, 156; OLG 12, 284; 20, 408); eine in Prozenten des Kapitals festgesetzte Entschädigung für den Fall vorzeitiger Rückzahlung (**RG** Gruch 57, 154; RJA 1, 119; 7, 258; KGJ 36 A 233; 49, 216; OLG 8, 204); andere als die Kosten, für die nach § 1118 das Grundstück kraft der Hypothek haftet (Kosten der Kündigung und Beitreibung) und die daher der Eintragung nicht bedürfen, z. B. Eintragungskosten, Beitrag zu den Verwaltungskosten (RJA 1, 81; OLG 4, 160, auch RJA 7, 259); Jahreszahlungen, die zwecks Bildung eines nicht eingetragenen Kursausgleichungszuschusses als Nebenleistungen eines Pfandbriefdarlehns vereinbart sind (KGJ 33 A 244; vgl. auch **RG** 79, 127); Vergütungen für Unkosten an Talonsteuer und Couponbogenerneuerung, die alle 10 Jahre bis zur Tilgung des Kapitals entstehen (vgl. OLG 34, 206). — Die Höhe solcher Nebenleistungen muß, sofern nicht ein Ausnahmefall nach Abs 2 (Hypothek für eine Kreditanstalt) vorliegt, in den Eintragungsvermerk in einer bestimmten Geldsumme aufgenommen werden (RJA 1, 81; vgl. auch **RG** 79, 127). Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt nicht (OLG 4, 71; 8, 206). Ist die Aufnahme unterblieben oder auch nur die Angabe einer bestimmten Geldsumme unterlassen, so haftet das Grundstück für die in der Eintragungsbewilligung festgesetzten Nebenleistungen nicht, selbst wenn auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen ist (vgl. **RG** 79, 127; KGJ 49, 213). Jedoch ist es für genügend zu erachten, wenn die Höhe der Nebenleistungen derartig beschrieben wird, daß jeder, der das Grundbuch einsieht, sofort aus dem Grundbuchinhalte allein die Berechnung auf einen Geldbetrag vornehmen kann, z. B. in Prozenten des Kapitals nebst Angabe der Dauer der Leistung (vgl. RJA 1, 119; 3, 52; 7, 157; 7, 264; KGJ 42, 259; 49, 213; 49, 216; OLG 8, 206). Auch genügt die Angabe eines Höchstbetrags; der Eintragung einer besonderen Sicherungshypothek (§ 1190) bedarf es in diesem Falle nicht (RJA 7, 157; 7, 263; OLG 8, 206). Nach der Ordnungsvorschrift des § 28 Satz 2 GBO sind die Geldbeträge in Reichswährung anzugeben (s. hierüber A 4). — Durch die hypothekarische Eintragung eines Pfandbriefdarlehns wird für sich allein nicht die Haftung des Grundstücks für ein von der Landschaft zur Ausgleichung der Kursdifferenz bewilligtes Zuschußdarlehn begründet, da dieses nicht ein Teil des Pfandbriefdarlehns, sondern ein zweites selbständiges Darlehn ist. Vielmehr kann ein solches Zuschußkapital nebst Zinsen nur durch Eintragung an besonderer Stelle im Grundbuche hypothekarisch gesichert werden (**RG** 20, 224; 79, 126; KGJ 33 A 247). — Gemäß §§ 877, 873 kann der Inhalt der Hypothek dadurch geändert werden, daß durch nachträgliche Festsetzung von Nebenleistungen das Hypothekenrecht erweitert wird. Über die Art der Eintragung einer solchen Rechtsänderung vgl. RJA 7, 258. — Bei einer Zwangshypothek und einer Sicherungshypothek haftet das Grundstück gemäß §§ 867, 932 ZPO kraft der Hypothek für die Eintragungskosten. Ihre Eintragung ist daher nicht erforderlich und, weil unnötig, auch vom Grundbuchamt abzulehnen (RJA 2, 246; KGJ 35 A 325). Wegen Eintragung der Kosten früherer fruchtloser Zwangsvollstreckung vgl. RJA 6, 57. — Der Geldbetrag der Nebenleistungen ist bei der Eintragung nicht in die für den Betrag der Hauptforderung bestimmte Spalte (in Preußen Spalte 3 der Abt. III) des Grundbuchblatts einzusetzen, da eine solche Eintragung mit Rücksicht auf das Fortlaufen der Nebenleistungen Zweifel über den Umfang der Hypothek ergeben könnten (KGJ 43, 230).

7. Der Grundsatz, daß **im übrigen,** d. h. abgesehen vom Gläubiger, Geldbetrag der Forderung, Zinssatz und Geldbetrag anderer Nebenleistungen, die Eintragung durch Bezugnahme bewirkt werden kann, gilt nur für die Forderung. Hinsichtlich der Frage, inwieweit Bestandteile des dinglichen Rechtes durch Bezugnahme eingetragen werden können, kommt § 874 zur Anwendung (RJA 12, 247; s. A 1). Ferner sind nach besonderen Vorschriften in den Eintragungsvermerk selbst aufzunehmen: die Ausschließung der Erteilung eines Hypothekenbriefs (§ 1116 Abs 2); die Bezeichnung der Sicherungshypothek als solcher (§ 1184 Abs 2, Ausnahmen § 1187 Satz 2, § 1190 Abs 3); die Bestellung eines Vertreters nach Maßgabe des § 1189 (auch §§ 1192, 1195); die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung aus einer Urkunde in Ansehung einer Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) nach § 800 ZPO (vgl. RJA 3, 95; 3, 133; OLG 7, 354. KGJ. 45, 261). In letzterer Hinsicht ist jedoch zu bemerken, daß es, weil die Unterwerfungsklausel ein Nebenrecht der Hypothek ist, auf das ebenso wie auf die Hypothek selbst § 874 Anwendung zu finden hat, genügend ist, wenn die Unterwerfungsklausel im allgemeinen eingetragen und zur näheren Bezeichnung des Inhalts und des Gegenstandes der Unterwerfung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird (RJA 4, 270). Über die Fassung der Klausel bei der Eintragung vgl. OLG 6, 476; 7, 354; KGJ 32 A 236. Die Urkunde muß gemäß § 794 Nr 5 ZPO über einen Anspruch errichtet sein, der die Zahlung einer bestimmten Geldsumme usw. zum Gegenstande hat. Daher ist bei der Höchstbetragshypothek (§ 1190) wegen Unbestimmtheit der geschuldeten Summe die Unterwerfung unzulässig (RJA 2, 202; KGJ 28 A 149; OLG 3, 295; 8, 149; 13, 196). — Vgl. auch die vom Grundbuchamte zu beachtenden

Ordnungsvorschriften §§ 48, 49 GBO (Eintragung: für mehrere Berechtigte; auf mehrere Grundstücke). — Überhaupt nicht eintragungsfähig, weil lediglich persönliche Verpflichtungen oder nicht zulässige Bestandteile einer Hypothek betreffend, sind Bestimmungen, wonach: der Gläubiger gegen Zahlung die Hypothek an einen zu benennenden Dritten abtreten soll (RJA 1, 165); der Eigentümer fortgesetzt die Feuerversicherung der Gebäude nachzuweisen hat (KGJ 29 A 247); einem anderen als dem Gläubiger die Verwaltung der Hypothek zustehen soll (OLG 8, 132).

8. Daraus, daß im übrigen **zur Bezeichnung der Forderung** die Bezugnahme genügen soll, ergibt sich zunächst eine Bestätigung des in A 1 Bemerkten, daß bei der Eintragung der Hypothek die gesicherte Forderung als wesentlicher Bestandteil der Hypothek überhaupt zu bezeichnen ist (vgl. RG JW 08, 86[23]; RJA 12, 247). Dazu aber ist erforderlich, daß der Grund der Forderung (z. B. Darlehn, Kaufpreisforderung, Forderung aus Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen, aus unerlaubter Handlung, aus gesetzlicher Verpflichtung) entweder durch Aufnahme in den Eintragungsvermerk selbst oder durch Bezugnahme auf die Eintragsbewilligung, die den Grund der gesicherten Forderung enthalten muß (§ 1113 A 5; KGJ 21 A 139; 22 A 308; 26 A 278; RJA 3, 135; 12, 247; OLG 3, 359; 14, 126), zur Eintragung gebracht wird. Denn nur durch Angabe des Grundes kann die gesicherte Forderung bestimmt und von anderen Forderungen unterscheidbar bezeichnet werden (RG JW 08, 86[23]; KGJ 22 A 139; 26 A 278; vgl. jedoch RG Gruch 58, 1036 [Warn 1914 Nr 252]: daß der Schuldner und der Schuldgrund zur Identifizierung der Forderung im Eintragungsvermerk oder in der Eintragungsbewilligung anzugeben seien, bilde nur die Regel, nicht eine unverbrüchliche Norm, die keine Ausnahme dulde; es lasse sich sehr wohl denken, daß eine Forderung auch ohne Angabe des Schuldgrundes in anderer Weise, z. B. durch bestimmte Zeitangaben oder Tatsachen, ganz genau bezeichnet werde. Hierzu ist zu bemerken, daß, wenn eine solche Bezeichnung vorliegen sollte, daraus ohne weiteres sich auch der Schuldgrund der Forderung ergeben würde). Es genügt daher z. B. nicht, wenn im Eintragungsvermerk oder in der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung angegeben wird „1000 M. Forderung". Eine falsche Bezeichnung des Schuldgrundes aber hat nicht die Unwirksamkeit der Hypothek zur Folge; denn hinsichtlich des Bestandes des dinglichen Rechtes ist nur die Angabe eines Schuldgrundes überhaupt von Wesentlichkeit (RG 45, 179; Gruch 31, 1048; 34, 963; 58, 1036 [Warn 1914 Nr 252]; JW 98, 36[91]; 02, 421[14]; KGJ 25 A 150; 26 A 278; OLG 14, 126). — Ferner gehören zur Bezeichnung der Forderung als deren Bestandteile oder Nebenrechte und bedürfen daher, da sie für den Umfang der Belastung oder den Inhalt von Wesentlichkeit sind, der Eintragung, die aber durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bewirkt werden kann: der Anfangspunkt der Verzinsung, der jedoch in anderer Weise als durch Benennung eines bestimmten Kalendertags bezeichnet werden kann (z. B. durch Hinweis auf eine bestimmte, in der Vergangenheit liegende Tatsache oder ein künftiges, wenn auch der Zeit nach ungewisses Ereignis, wie Tod einer bestimmten Person), sofern daraus der Zinsbeginn zweifelsfrei feststellbar ist (RJA 8, 231; KGJ 24 A 128; 46, 242; OLG 14, 95; vgl. jedoch OLG 15, 376 sowie die nur beiläufige Bemerkung in RG 62, 375, daß die Angabe des Anfangspunkts der Verzinsung nach § 1115 nicht wesentliche Voraussetzung der Hypothekeintragung sei); die Zinszahlungstermine, sofern bezüglich ihrer von den Beteiligten Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen des BGB (vgl. z. B. hinsichtlich der Darlehnszinsen § 608) vereinbart ist (KGJ 24 A 127; SeuffA 57 Nr 77; OLG 4, 198; 7, 195; 15, 376); die Zahlungsbedingungen bezüglich Zeit, Ort und Art der Zahlung des Kapitals, wenn die Beteiligten von den für das betreffende Schuldverhältnis geltenden gesetzlichen Bestimmungen (vgl. z. B. §§ 267—271, 609, 1418 ff.) Abweichendes festgesetzt haben (RG 50, 150; 57, 350; OLG 2, 9; 4, 315; 15, 385). Sind die vereinbarten Zinszahlungstermine oder Zahlungsbedingungen nicht eingetragen (in das Grundbuch selbst oder durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung), so sind gegenüber gutgläubigen Erwerbern (vgl. §§ 1138, 892) lediglich die gesetzlichen Bestimmungen in dieser Hinsicht maßgebend (vgl. OLG 15, 376). Zu den in Anbetracht der Vertragsfreiheit zulässig vereinbarten Zahlungsbedingungen hinsichtlich der Zahlungszeit gehören z. B. Abreden über: sofortige Fälligkeit oder doch Kündigungsrecht, wenn der Eigentümer die Versicherung seiner Gebäude gegen Feuersgefahr unterläßt oder seinen Bedarf an Bier von einer anderen Brauerei als der des Gläubigers bezieht (OLG 3, 232; 18, 159; 23, 321; vgl. jedoch KGJ 29 A 247) oder wenn er das Grundstück veräußert (OLG 3, 232; 4, 485) oder er in Vermögensverfall gerät (KGJ 34 A 320); Fälligkeit bei unpünktlicher Zinszahlung auf Verlangen des Gläubigers (RG JW 08 S. 234[6], 550[11]; OLG 15, 376); anderseits Unkündbarkeit der Hypothek seitens des Gläubigers im Falle pünktlicher Zinszahlung (vgl. KGJ 34 A 323). Jedoch ergibt sich aus § 247, betreffend die Befugnis zur Kündigung für den Fall der Vereinbarung eines höheren Zinssatzes als 6%, eine Schranke für Vereinbarungen über die Zahlungszeit. Weitere Beschränkungen in dieser Beziehung enthalten die §§ 17 Abs 3; 18—21, 49 des HypBankG v. 13. 7. 99 für die hypothekarischen Darlehen der Hypothekenbanken und können ferner

landesrechtlich auf Grund des Vorbehalts in Art 117 Abs 2 EG (Untersagung der Belastung mit einer unkündbaren Hypothek oder der Ausschließung des Kündigungsrechts des Eigentümers) bestehen. Stehen einer Vereinbarung derartige beschränkende Bestimmungen entgegen, so kann eine Hypothek mit diesem Inhalte nicht eingetragen werden (vgl. OLG 4, 315; KGJ 34 A 322). Wird, abgesehen hiervon, die eingetragene Zahlungszeit geändert, so bedarf die Änderung zur Wirksamkeit gegenüber jedem späteren Erwerber (§§ 1138, 892) der Eintragung, zu der aber nach § 1119 Abs 2 die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht erforderlich ist (vgl. auch KGJ 34 B 22). — Von den Vereinbarungen über die Art der Zahlung kommt namentlich die Abrede der Zahlung in Gold (sog. Goldklausel) in Betracht. Eine solche Vereinbarung ist rechtswirksam und eintragungsfähig, falls sie die Bedeutung hat, daß die Zahlung in Goldmünzen deutscher Reichswährung erfolgen soll: auch wenn nach dem im Deutschen Reiche jeweilig geltenden Münzrechte neben dem Goldgeld auch Silbergeld oder Papiergeld als währungsmäßiges Zahlungsmittel festgesetzt sein sollte (KGJ 48, 219); wenn auch zur Zeit der Zahlung etwa zufolge Gesetzesänderung andere Goldmünzen als die zur Zeit der Eintragung ausgeprägt würden, denn der Geldbetrag der Forderung bleibt ein bestimmter, gleichviel ob die Zahlung in der einen oder der anderen Art von Reichsgoldmünzen zu bewirken ist (str.; **RG** 50, 148; RJA 1, 71; 3, 197). Dagegen ist bei einer Verkehrshypothek unzulässig die Eintragung einer Vereinbarung, wonach auch dann, wenn Goldmünzen nicht mehr Reichswährungsgeld sein sollten, mit den jetzigen Reichsgoldmünzen oder mit Goldmünzen von gleichem Feingehalte zu zahlen sei; denn es würde der Geldbetrag der Forderung mit Rücksicht auf den wechselnden Kurs des von dem Schuldner anzuschaffenden Geldes ein unbestimmter sein (**RG** 50, 149; KGJ 21 A 322; RJA 3, 197). Eine solche Vereinbarung kann nur durch eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) gesichert werden (KGJ 21 A 324). Soweit die Goldklausel eintragungsfähig ist, kann sie durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur Eintragung gebracht werden, da sie die Art der Zahlung betrifft, also eine Zahlungsbedingung ist (**RG** 50, 150; a. M. RJA 1, 72). Zu bemerken ist, daß nach der Bek des Bundesrats v. 28. 9. 14 (RGBl 417) die vor dem 31. 7. 14 getroffenen Vereinbarungen, nach denen eine Zahlung in Gold zu erfolgen hat, bis auf weiteres nicht verbindlich sind. Spätere Vereinbarungen der Goldklausel, auch soweit der Inhalt einer früher eingetragenen Hypothek verändert wird (vgl. hierüber § 1119 A 5), werden dadurch in ihrer Rechtswirksamkeit nicht betroffen (KGJ 48, 219). — Zulässig und eintragungsfähig ist auch als die Art der Kündigung und damit eine Zahlungsbedingung betreffend eine Vereinbarung, wonach der Eigentümer auf das Recht aus § 1160 Abs 2, eine ohne Vorlegung des Hypothekenbriefs usw. erklärte Kündigung als unwirksam zurückzuweisen, Verzicht leistet (**RG** 57, 342; RJA 1, 34).

9. Über die **Eintragungsbewilligung,** auf die **Bezug genommen werden kann,** vgl. § 874 A 5, und über das Ermessen des Grundbuchamts, ob die Bezeichnung der Forderung hinsichtlich der Merkmale, deren Aufnahme in den Eintragungsvermerk in Abs 1 Halbs 1 nicht erfordert ist, durch eine Einschreibung in das Grundbuch selbst oder durch Bezugnahme eingetragen werden soll, vgl. § 874 A 2.

10. Abs 2 enthält eine Ausnahme von Abs 1 Halbs 1 bezüglich der **Nebenleistungen** der Forderung, die außer den Zinsen zu entrichten sind. Die danach statt der Aufnahme eines Geldbetrags der Nebenleistungen in den Eintragungsvermerk zulässige Bezugnahme hat zur Voraussetzung: a) die Hypothek muß für ein **Darlehn,** sie darf nicht für eine andere Forderung bestellt sein; b) eine **Kreditanstalt,** d. h. ein auf den Großbetrieb gerichtetes, den Abschluß von Kreditgeschäften bezweckendes Unternehmen (ritterschaftliche, landschaftliche oder eine andere Kreditanstalt, vgl. Art 167 EG, RJA 1, 206; 11, 71; KGJ 47, 203), muß Gläubigerin der Darlehnsforderung sein; c) die **Satzung** der Kreditanstalt muß **von der zuständigen Behörde öffentlich bekanntgemacht** worden sein. Welche Behörde zuständig ist und wie die Veröffentlichung zu erfolgen hat, bestimmt sich nach Landesrecht. Der Grund für das Erfordernis der Bekanntmachung ist, daß auch Dritte über den Umfang der Haftung wegen der Nebenleistungen Gewißheit sollen erlangen können (Prot 3, 545 f.). Deshalb ist es für genügend zu erachten, wenn die Satzung nur insoweit bekanntgemacht ist, als sie die einzutragenden Nebenleistungen betrifft (RJA 1, 207; KGJ 40 A 262). d) Die Nebenleistungen müssen **außer den Zinsen satzungsgemäß zu entrichten** sein. Der Zinssatz ist stets in den Eintragungsvermerk selbst aufzunehmen. Wegen derjenigen anderen Nebenleistungen, die nicht in der Satzung, sondern nur in der Eintragungsbewilligung festgesetzt sind, ist eine Bezugnahme ebenfalls nicht statthaft (KGJ 22 A 169; 33 A 250). Satzungsgemäß zu entrichtende Nebenleistungen sind z. B. Zinsen für rückständig gebliebene, satzungsgemäß von der Kreditanstalt vorgeschossene Hypothekenzinsen, dagegen nicht eine Talonsteuer, Zinsen für rückständig gebliebene, von der Kreditanstalt satzungsgemäß vorgeschossene Lebensversicherungsbeiträge, wenn der Darlehnsnehmer nach der Satzung zum Abschluß eines Lebensversicherungsvertrags nicht verpflichtet ist (KGJ 47, 202). — Treffen die genannten vier Voraussetzungen zusammen, so kann die Eintragung der betreffenden Nebenleistungen (z. B. Entschädigung für unpünktliche Zinszahlung, Bei-

träge zu den Verwaltungskosten, s. A 6) durch **Bezugnahme auf die Satzung** bewirkt werden. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht (RJA 1, 208; a. M. Prot 3, 546). Anderseits ersetzt die erstere Bezugnahme nicht die letztere hinsichtlich der übrigen Merkmale der Forderung gemäß Abs 1 Halbs 2. Jedoch darf die Eintragungsbewilligung, auf die nach Abs 1 Halbs 2 bei der Eintragung Bezug genommen werden darf, ihrerseits zur Ergänzung des darin Erklärten auf die Satzung Bezug nehmen, ohne daß diese als Protokollanlage im Sinne des § 176 Abs 2 FGG behandelt zu sein braucht (KGJ 47, 206). Daß bei dem Vermerk der Bezugnahme der Zusatz gemacht wird, die Bezugnahme erfolge „wegen der Nebenleistungen", ist nach dem Wortlaute des Abs 2 („genügt die Bezugnahme auf die Satzung") nicht notwendig; aber, da Abs 2 nur den Mindestumfang der Eintragung bestimmt, zulässig (RJA 11, 71).

§ 1116

Über die Hypothek wird ein Hypothekenbrief[1]) erteilt[2]).

Die Erteilung des Briefes kann ausgeschlossen werden. Die Ausschließung kann auch nachträglich erfolgen. Zu der Ausschließung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers[3]) sowie die Eintragung[4]) in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des § 873 Abs 2 und der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung[5]).

Die Ausschließung der Erteilung des Briefes kann aufgehoben werden; die Aufhebung erfolgt in gleicher Weise wie die Ausschließung[6]).

E I 1106—1108 II 1025; M 3 612 ff., 742 ff.; P 3 508, 510 ff., 638 ff.; 6 205 ff.

1. Der **Hypothekenbrief**, der von dem Grundbuchamt erteilt wird, soll eine öffentliche Auskunft über das Bestehen der Hypothek und über alle ihrer Sicherheit dienenden Umstände geben, so daß er für den Verkehr das Einsehen des Grundbuchs entbehrlich macht (RG 77, 425). Er muß nach der zwingenden Vorschrift des § 56 GBO die Bezeichnung als Hypothekenbrief enthalten, den Geldbetrag der Hypothek und das belastete Grundstück bezeichnen sowie mit Unterschrift und Siegel versehen sein. Fehlen diese Erfordernisse, so hat die Urkunde nicht die Eigenschaft eines Hypothekenbriefs. Weitere Vorschriften über den Inhalt, die aber nur Ordnungsvorschriften sind, gibt § 57 GBO (Nummer des Grundbuchblatts und Auszug aus dem Grundbuch; er bezieht sich auch auf das Rangverhältnis der Hypothek zu anderen Posten, den Vermerk späteren Rangrücktritts und ferner den Vermerk der späteren Erlangung des Vorrangs vor anderen Posten, OLG 9, 345; KGJ 35 A 294, mit Einschluß der Wiedergabe des bei der zurücktretenden Post eingetragenen Vorrangvermerks, KGJ 45, 291). Vgl. auch GBO §§ 58 (Verbindung der etwaigen Schuldurkunde mit dem Brief), 59 (nur ein Brief über eine Gesamthypothek), 61 (Teilhypothekenbrief, s. § 1152 BGB), 66 (gemeinschaftlicher Brief über mehrere Hypotheken; vgl. KGJ 20 A 103; 39 A 272, A 276), 67, 68 (Erneuerung), 69 (Vernichtung des Briefes). Sollen Eintragungen in bezug auf die Briefhypothek bewirkt werden, so ist nach den Ordnungsvorschriften der §§ 42 Satz 1, 62ff. GBO regelmäßig der Brief dem Grundbuchamte vorzulegen und die Änderung auf ihm zu vermerken. Diese Ordnungsvorschriften haben hauptsächlich ihren Grund darin, daß das Grundbuch keine sichere Auskunft gibt, wer der Gläubiger einer Briefhypothek ist, da diese außerhalb des Grundbuchs gemäß § 1154 Abs 1 weiter übertragen sein kann; durch sie soll darauf hingewirkt werden, daß Brief und Grundbuch übereinstimmen (RJA 14, 313; s. unten über die Folgen der Nichtübereinstimmung). Vgl. jedoch die in §§ 42 Satz 2, 54 Abs 2 GBO (Widerspruchseintragung), §§ 131, 145 ZVG (Löschung einer Hypothek, Eintragung des Vorrangs einer Sicherungshypothek gemäß § 128 ZVG auf Ersuchen des Vollstreckungsrichters) gegebenen Ausnahmebestimmungen, die aber auf andere Fälle nicht ausgedehnt werden dürfen (RJA 14, 314). Über die Erfordernisse der Verwendbarkeit eines beim Grundbuchamt aus anderer Veranlassung befindlichen Hypothekenbriefs mit Rücksicht auf § 42 vgl. KGJ 50, 228. — Der Hypothekenbrief hat, wie sich namentlich ergibt aus §§ 1117, 1154 (Erwerb, Übertragung der Hypothek durch Übergabe des Briefes), 1155 (Schutz des öffentlichen Glaubens im Falle des Besitzes des Briefes), 1160 (Vorlegung des Briefes bei Geltendmachung der Hypothek), eine selbständige vermögensrechtliche Bedeutung (RGSt 41, 268). Er ist jedoch **kein Wertpapier**, da er nicht Träger des Hypothekenrechts ist, vielmehr das Bestehen der Hypothek von der Eintragung im Grundbuche abhängt (str., RG Gruch 51, 921). In manchen Beziehungen ist er vom Gesetz allerdings einem Wertpapier gleichgestellt (vgl. § 1819). — Steht der Inhalt des Briefes mit der Eintragung im Grundbuche im Widerspruch, so ist letztere maßgebend, weil der Hypothekenbrief nicht den öffentlichen Glauben des Grundbuchs hat und nicht dazu bestimmt ist, die zur Begründung dinglicher Rechte erforderliche Eintragung zu ersetzen (M 3,

756, vgl. RG 76, 378). Lautet z. B. der Brief über eine Hypothek von 5000 M., ist aber die Hypothek für 3000 M. eingetragen, so besteht die Hypothek nur in letzterer Höhe. Auch gegenüber einem gutgläubigen Erwerber wirkt der entgegenstehende Inhalt des Grundbuchs. Ist z. B. im Grundbuch die Ausschließung der Brieferteilung der wirklichen Vereinbarung gemäß eingetragen, so gilt die Hypothek, auch wenn ein Brief versehentlich erteilt ist, als Buchhypothek, insbesondere auch hinsichtlich der Übertragung; der die Hypothek auf Grund des Briefes gutgläubig Erwerbende ist nicht geschützt gegenüber demjenigen, der die Hypothek als Buchhypothek gemäß § 1154 Abs 3 durch seine Eintragung erworben hat. Anderseits aber wird durch den Inhalt des Briefes, wenn dieser der wirklichen Rechtslage entspricht, dagegen das Grundbuch unrichtig ist (wenn z. B. eine Teilzahlung gemäß § 1145 auf dem Brief, nicht aber im Grundbuche vermerkt ist), nach § 1140 der Schutz des Rechtserwerbs im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs ausgeschlossen (s. § 1140 A 1). — Wenn auch der Brief selbständige vermögensrechtliche Bedeutung hat, so steht er doch im Abhängigkeitsverhältnisse zu der Hypothek. Daher kann das Eigentum daran nur dem jeweiligen Gläubiger der Hypothek zustehen (§ 952 Abs 2; RG 91, 157; Gruch 47, 957; Warn 1917 Nr 56). Ferner kann die Urkunde nicht für sich allein und losgelöst von der Hypothek Gegenstand besonderer dinglicher Rechte, z. B. eines Pfandrechts, sein (RG 51, 86; 66, 27; 68, 282; Gruch 47, 957; 49, 366). Auch kann der Hypothekenbrief nicht selbständiger Gegenstand der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung sein; vielmehr kann seine Pfändung oder die Pfändung eines Anspruchs auf seine Herausgabe nur als Mittel zur Durchführung der Zwangsvollstreckung in das dem Schuldner an der Hypothek zustehende Recht in Frage kommen (RG 74, 80, vgl. RGSt 26, 11). Dagegen ist es zulässig, durch Vertrag ein nur zwischen den Vertragschließenden persönlich wirkendes Zurückbehaltungsrecht an einem Hypothekenbriefe zu begründen, da dadurch der Eigentümer des Briefes nur das ihm an sich zustehende Recht auf Herausgabe des Briefes für seine Person zeitweise und bedingt ausschließt (RG 51, 87; 66 S. 24, 102; 68 S. 282, 388; 91, 158; JW 08 S. 447[9], 547[5]; Gruch 51, 919). Auch kann ein Hypothekenbrief, da ihm die Eigenschaft eines körperlichen Gegenstandes, also einer Sache (§ 90), nicht abzusprechen ist, einem anderen zum Gebrauch unentgeltlich überlassen, geliehen (§ 598) werden, z. B. um damit Sicherheit für eine Forderung leisten zu können (RG 91, 158).

2. Regelsatz: ein Hypothekenbrief **wird erteilt.** Wenn also die Erteilung des Briefes nicht gemäß Abs 2 ausgeschlossen wird, ist die Hypothek eine Briefhypothek. Daraus folgt z. B., daß auf Grund eines Urteils, durch das der Eigentümer schlechthin zur Bewilligung der Eintragung einer Hypothek verurteilt ist, nur eine Briefhypothek eingetragen werden kann (KGJ 21 A 171). Ferner folgt daraus, daß im Falle einer Hypothekvormerkung, wenn weder der Eintragungsvermerk noch seine Unterlagen über die Art der zu bestellenden Hypothek etwas ergeben, die (im übrigen gerechtfertigte) Umschreibung der Vormerkung in eine Briefhypothek verlangt werden kann (RG Gruch 58, 1019). Weiter ist daraus zu folgern, daß eine Hypothek, bei der die Ausschließung der Brieferteilung nicht eingetragen ist, nur als Briefhypothek gemäß § 1154 Abs 1, 2 abgetreten werden kann, wozu hinsichtlich des Briefes mindestens erforderlich ist, daß eine Vereinbarung gemäß § 1117 Abs 2 getroffen und (s. § 1154 A 3) der Antrag auf Bildung des Briefes beim Grundbuchamt gestellt worden ist (vgl. OLG 34, 205). Dies gilt auch dann, wenn vereinbart worden ist, auf Verlangen des Gläubigers sei jederzeit ein Brief zu bilden; denn eine solche Vereinbarung hat zwar die Bedeutung, daß die Erteilung des Briefes zunächst ausgeschlossen und nur eine spätere Aufhebung der Ausschließung vorgesehen werde, jedoch hat sie nur schuldrechtliche Natur, so daß sie nicht eintragungsfähig ist und, wenn sie dennoch eingetragen ist, rechtlich als nicht eingetragen gilt (vgl. OLG 34, 205). Anders verhält es sich jedoch, wenn ein bereits bestehendes hypothekarisches Recht ohne Brief in ein anderes hypothekarisches Recht umgewandelt wird (z. B. eine Buchgrundschuld in eine Hypothek oder eine Buchhypothek in eine Grundschuld). Haben die Beteiligten nicht ausdrücklich Gegenteiliges festgesetzt, so ist eine Einigung dahin anzunehmen, daß auch das andere hypothekarische Recht unverbrieft sein soll. Einer nochmaligen Eintragung der Ausschließung der Brieferteilung bedarf es nicht, da sich die Ausschließung aus der früheren Eintragung ergibt (RJA 8, 283; OLG 29, 372); jedoch ist sie nicht unzulässig, da sie Unklarheiten verhüten kann (OLG 29, 372). — Bei einer Sicherungshypothek ist nach § 1185 Abs 1 ausnahmsweise die Erteilung eines Briefes ausgeschlossen. Soll eine solche Hypothek gemäß § 1186 in eine gewöhnliche Buchhypothek umgewandelt werden, so ist auch hier weder eine ausdrückliche Vereinbarung noch die Eintragung der Ausschließung erforderlich, da diese aus der früheren Eintragung der Hypothek als Sicherungshypothek folgt (str., RJA 8, 282). Über den Fall der Erweiterung einer Einzelbuchhypothek zu einer Gesamtbuchhypothek vgl. § 1132 A 3. — Nach Artt 192, 193 EG gilt eine zur Zeit der Grundbuchanlegung bestehende Hypothek als Buchhypothek, wenn sie nicht landesgesetzlich für eine Briefhypothek erklärt wird.

3. Der **Einigung des Gläubigers und des Eigentümers über die Ausschließung des Briefes** bedarf es nicht nur, wenn eine Hypothek ursprünglich als Buchhypothek bestellt werden soll, sondern auch im Falle nachträglicher Ausschließung, also der Umwandlung einer Brief-

hypothek in eine Buchhypothek. Handelt es sich um eine Gesamthypothek (§ 1132), so müssen die Eigentümer der sämtlichen beteiligten Grundstücke die Einigung erklären. Hat im Falle nachträglicher Ausschließung ein Eigentumswechsel stattgehabt, so ist die Einigung des Gläubigers mit dem gegenwärtigen Eigentümer erforderlich. — Die Einigung bedarf zur Rechtswirksamkeit nicht einer Form. Zur Vornahme der Eintragung braucht die Einigung dem Grundbuchamte nicht nachgewiesen zu werden (OLG 1, 414). Es genügt hierzu gemäß § 19 GBO die in der Form des § 29 GBO erklärte einseitige Bewilligung des durch die Eintragung in seinem Rechte Betroffenen. Dies ist der Eigentümer allein, wenn bei der Begründung der Hypothek diese als Buchhypothek eingetragen werden soll, da der Gläubiger zu dieser Zeit noch kein Recht am Grundstücke hat (RJA 1, 22). Wenn dagegen eine Briefhypothek nachträglich in eine Buchhypothek umgewandelt werden soll, wird dadurch der Gläubiger ebenfalls in seinem Rechte betroffen und muß daher auch seine Bewilligung dem Grundbuchamte beigebracht werden (RJA 1, 22). — Unzulässig ist die Ausschließung bei Inhaberbriefgrundschulden (§ 1195).

4. Einigung und **Eintragung der Ausschließung** müssen zusammentreffen, wenn die Hypothek eine Buchhypothek sein soll. Fehlt eins dieser Erfordernisse, so ist die Hypothek eine Briefhypothek (s. A 2). Die erfolgte Eintragung der Ausschließung, die einer vorangegangenen oder nachträglichen Einigung ermangelt, unterliegt der Berichtigung. Die Hypothek kann gemäß § 1117 nur dann vom Gläubiger erworben werden, wenn ein Brief ausgefertigt und ihm vom Eigentümer übergeben wird. Jedoch gilt für diejenigen, die gutgläubig die Hypothek als Buchhypothek erwerben, das Grundbuch gemäß § 892 als richtig. Ist trotz vorliegender Einigung die Eintragung der Ausschließung unterblieben, so kann über die Hypothek überhaupt erst verfügt werden, wenn entweder ein Brief nachträglich erteilt oder die Eintragung nachgeholt ist.

5. Aus der entsprechenden **Anwendung der §§ 873 Abs 2, 876, 878** folgt: Die Beteiligten sind an die Einigung gebunden, wenn sie in einer der Formen des § 873 Abs 2 erklärt ist. Steht einem Dritten ein Recht an der Hypothek zu (z. B. Pfandrecht, Nießbrauch), so bedarf es zur Umwandlung einer Briefhypothek in eine Buchhypothek seiner Zustimmung (§ 876). Der Eintritt einer Beschränkung des Berechtigten (s. A 3) in der Verfügung nach seiner Bindung und Stellung des Eintragungsantrags ist ohne Einfluß (§ 878).

6. Auch zur **Wiederaufhebung der Briefausschließung**, also zur Umwandlung einer Buchhypothek in eine Briefhypothek, ist die Einigung des Gläubigers mit dem Eigentümer zur Zeit der Umwandlung und die Eintragung erforderlich (RJA 2, 36; KGJ 32 B 13; OLG 1, 259). Der Eigentümer zur Zeit der Hypothekbestellung kann seine Sondernachfolger nicht mit dinglicher Wirkung verpflichten, auf Verlangen des Gläubigers die Umwandlung zu bewilligen. Die Einräumung eines solchen Rechtes für den Gläubiger ist daher nicht eintragungsfähig (RJA 2, 36). Dagegen kann ein Anspruch auf Umwandlung als ein Anspruch auf Änderung des Inhalts der Hypothek durch Vormerkung gesichert werden. — Zur Eintragung der Wiederaufhebung genügt auch der übereinstimmende Antrag des Eigentümers und des Gläubigers auf nachträgliche Bildung eines Briefes, da hierin Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) und Eintragungsantrag (§ 13 GBO) deutlich zum Ausdrucke kommen (KGJ 28 A 151).

§ 1117

Der Gläubiger erwirbt, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, die Hypothek erst[1]), wenn ihm der Brief von dem Eigentümer des Grundstücks übergeben wird[2]). Auf die Übergabe finden die Vorschriften des § 929 Satz 2 und der §§ 930, 931 Anwendung[3]).

Die Übergabe des Briefes kann durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen[4]).

Ist der Gläubiger im Besitze des Briefes, so wird vermutet, daß die Übergabe erfolgt sei[5]).

E I 1110 II 1026; M 3 746 f.; P 3 646, 729.

1. Durch die Übergabe des Briefes soll der **Gläubiger** die **Briefhypothek erst erwerben**, nicht schon durch die Eintragung der Hypothek für ihn, wie bei der Buchhypothek. Zweck dieser Vorschrift ist, zu verhüten, daß durch Verfügung des Gläubigers vor Erfüllung der ihm obliegenden Leistung (Auszahlung der Valuta) ein gutgläubiger Dritter die Hypothek erwirbt, und zu ermöglichen, daß die Leistung des Gläubigers und der Erwerb der Hypothek Zug um

Zug erfolgen (Prot 3, 729). Bis zu der Übergabe (oder der diese ersetzenden Vereinbarung des Abs 2) steht die Briefhypothek dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zu (§§ 1163 Abs 2, 1177 Abs 1; RG 77, 108; OLG 26, 135). Er ist Eigentümer des Briefes (§ 952 Abs 2; OLG 11, 113; 26, 135). Entsprechend bestimmt § 60 GBO, daß der Brief vom Grundbuchamte dem Eigentümer auszuhändigen ist, falls er nicht eine abweichende Bestimmung in der Form des § 29 Satz 1 GBO getroffen hat. Das Grundbuch ist unrichtig, weil es den Gläubiger als Inhaber des hypothekarischen Rechtes nennt (RG 77, 108; KGJ 22 A 310). Der Eigentümer kann auch über die Hypothek als Briefgrundschuld gemäß § 1154 durch Abtretungserklärung und Übergabe des Briefes zugunsten eines Dritten rechtswirksam verfügen oder die Grundschuld durch Anlehnung an eine neue Forderung (§ 1198) in eine Briefhypothek für den Dritten umwandeln (KGJ 22 A 311). Soll allerdings die Abtretung eingetragen werden, so muß der Eigentümer dem Grundbuchamte sein Recht gehörig nachweisen. Dazu wird erforderlich sein die Beibringung einer in der Form des § 29 GBO abgegebenen Erklärung des als Gläubiger Eingetragenen, daß er die Hypothek wegen Fehlens der Briefübergabe nicht erworben habe; die Tatsache, daß der Brief gemäß § 60 GBO vom Grundbuchamte dem Eigentümer ausgehändigt ist, genügt zu dem Nachweise nicht (KGJ 22 A 309). Der Gläubiger hat vor der Briefübergabe (oder dem Übergabeersatz des Abs 2), auch wenn er die ihm obliegende Leistung bewirkt hat, nur einen persönlichen Anspruch auf Beschaffung der Hypothek (RG 63, 14; 63, 424; 77, 109; OLG 26, 135). Dieser Anspruch hindert ebensowenig wie die Verfügung über die Hypothek durch den Eigentümer die Pfändung der Hypothek (Eigentümergrundschuld) durch Gläubiger des Eigentümers (RG 63, 14; 73, 416; OLG 11, 111). Im Falle des Konkurses des Eigentümers steht dem Gläubiger ein Absonderungsrecht nach § 47 KO nicht zu. Vielmehr kann der Konkursverwalter von ihm gemäß § 894 Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs dahin verlangen, daß an seiner Stelle der Gemeinschuldner als Gläubiger der zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothek eingetragen werde; wegen des persönlichen Anspruchs auf Bestellung der Hypothek kann er nur eine Geldforderung gemäß § 69 KO zur Konkursmasse geltend machen (RG 77, 109; OLG 26, 135). Er kann aber seinen Anspruch, der auf Einräumung eines Rechtes an einem das Grundstück belastenden Rechte im Sinne des § 883 gerichtet ist, durch Vormerkung sichern lassen (OLG 7, 367), und dann kann er im Falle des Konkurses des Eigentümers auf Grund des § 24 KO ein Absonderungsrecht geltend machen. — Ist anderseits der Brief dem Gläubiger zwar übergeben, aber die gesicherte Forderung nicht entstanden, so steht die Hypothek nach § 1163 Abs 1 Satz 1 ebenfalls dem Eigentümer zu und er ist gemäß § 952 trotz der Übergabe an den Gläubiger auch Eigentümer des Briefes (RGSt 39, 185; vgl. auch RG JW 06, 714[12], Unterschlagung der Valuta durch den Notar ohne Aushändigung des Briefes). — Die Vorschriften des § 1117 über das Erfordernis der Übergabe oder ihres Ersatzes nach Abs 2 finden auch Anwendung, wenn eine Briefhypothek abgetreten (§ 1154) oder verpfändet (§ 1274) oder gepfändet und überwiesen (§§ 829, 830, 837 ZPO) werden soll. Vgl. auch RGSt 34, 172 (keine Sicherung seitens des Gemeinschuldners im Sinne des § 241 KO durch Eintragung einer Briefhypothek, solange nicht der Brief dem Gläubiger übergeben ist). — Die Vorschriften gelten gemäß § 1192 auch für den Erwerb einer Briefgrundschuld durch den Gläubiger (vgl. RG 77, 108).

2. **Von dem Eigentümer** (oder dem dazu von diesem Ermächtigten) muß der Brief **übergeben** sein. Erlangt der Gläubiger den Brief ohne Zustimmung des Eigentümers (z. B. von einem zur Aushändigung nicht Befugten, wie einem Besitzdiener [§ 855], Mäkler), so erwirbt er die Hypothek nicht (vgl. RG 75, 224; Warn 1915 Nr 172). Auch dann nicht, wenn er den Brief vom Grundbuchamte versehentlich (§ 60 Abs 1 GBO) ausgehändigt erhält. In solchen Fällen kann aber der Besitz des Briefes dann zum Erwerbe der Hypothek führen, wenn nachträglich eine Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger gemäß § 929 Satz 2 erfolgt. Auch ist es einer Übergabe seitens des Eigentümers gleich zu erachten, wenn dieser, sei es auch nur einseitig, dem Grundbuchamte gegenüber gemäß § 60 Abs 2 GBO die Bestimmung getroffen hat, daß der Gläubiger berechtigt sein solle, die Aushändigung des Briefes vom Grundbuchamte zu verlangen, oder daß der Brief vom Grundbuchamte dem Gläubiger übersandt werden solle, und das Grundbuchamt daraufhin den Brief dem Gläubiger (oder seinem Vertreter) aushändigt (RG 66, 100; 77, 108; KGJ 25 A 154; 40 A 322). Hat letztere Aushändigung aber nicht stattgefunden, so ist in solchem Falle die Übergabe nicht erfolgt (RG 66, 100; 77, 108). Eine Bestimmung gemäß § 60 Abs 2 GBO kann vom Eigentümer nicht einseitig widerrufen werden, ebensowenig wie eine Eintragungsbewilligung, weil das Grundbuchamt mit dem Eingange der Bestimmungserklärung nicht mehr den Eigentümer, sondern lediglich den Gläubiger als empfangsberechtigt zu behandeln hat (RJA 10, 79; KGJ 40, 324; vgl. auch RG JW 08, 547[5]; Warn 1912 Nr 291; a. M. OLG 14, 103). — Steht das Grundstück im Miteigentum mehrerer oder sollen mehrere Grundstücke verschiedener Eigentümer belastet werden, so müssen sämtliche Eigentümer den Brief übergeben (RG 52, 360). Wenn nur einer der Eigentümer den Brief übergibt, erwirbt der Gläubiger die Hypothek

auch nicht an dessen Anteil bzw. Grundstück, es sei denn, daß er durch Verzicht die Hypothek an den anderen Anteilen bzw. Grundstücken gemäß § 1175 Abs 1 Satz 1 zum Erlöschen bringt (RG 52, 362). — Wird der Hypothekenbrief dem Gläubiger nur vorübergehend in die Hand gegeben (z. B. zur Information über die Hypothekenverhältnisse) und sogleich zurückgenommen, so liegt eine Übergabe nicht vor (vgl. RG 75, 223; Warn 1915 Nr 172).

3. Die körperliche **Übergabe des Briefes** kann **gemäß § 929 Satz 2,** wenn der Gläubiger bereits im Besitze des Briefes ist (s. A 1), durch bloße Einigung über den Übergang des Eigentums an dem Briefe **ersetzt** werden. Der Einigung steht gleich die rechtskräftige Verurteilung des Grundstückseigentümers zur Übereignung (§ 894 ZPO). Ferner kann die Übergabe, wenn der Eigentümer im Besitze des Briefes ist, durch Einräumung des mittelbaren Besitzes an den Gläubiger **gemäß §§ 930, 868** ersetzt werden (z. B. durch Übernahme der Verwahrungspflicht gemäß § 688). Ein Übergabeersatz nach diesen Vorschriften kann, da aus dem BGB Gegenteiliges nicht zu entnehmen ist, auch dadurch rechtswirksam sich vollziehen, daß im voraus vereinbart wird, es solle der Erwerber an erst anzuschaffenden Sachen den Besitz auf Grund eines den Besitzerwerb vermittelnden Verhältnisses ausüben (RG 56, 52; JW 07, 747[18]; Gruch 53, 1049). Daher kann auch die Übergabe des Hypothekenbriefs durch eine zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber im voraus getroffene dingliche Einigung, daß der Eigentümer nach Herstellung des Briefes diesen für den Gläubiger verwahren solle, ersetzt werden. Der Erwerber erlangt dann die Hypothek, wenn der hergestellte Hypothekenbrief dem Eigentümer vom Grundbuchamt gemäß § 60 GBO ausgehändigt wird. Jedoch muß, da der Eigentümer in solch einem Falle den Verwahrungsvertrag mit sich selbst schließen soll (§ 181), er nach Empfangnahme des Briefes in erkennbarer Weise zum Ausdrucke bringen, daß er den Brief für den Gläubiger besitzt (RG 73, 415). — Befindet sich ein Dritter im Besitze des Briefes, so genügt **nach § 931** die Abtretung des Herausgabeanspruchs (vgl. RG 54, 111). Dieser Anspruch muß aber ein solcher sein, daß er dem Eigentümer das Recht gewährt, den Brief in Besitz zu nehmen und in seine Verfügungsgewalt zu bringen. Hätte der Eigentümer z. B. inzwischen die Hypothek als Briefgrundschuld auf einen anderen übertragen (s. A 1) und dann diesen zum Teil befriedigt, so stände ihm nur ein Anspruch auf Vorlegung des Briefes an das Grundbuchamt zwecks Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 896 zu (RG 69, 41). Durch die Abtretung dieses Anspruchs würde der (erste) Gläubiger die Hypothek auch bezüglich des vom Eigentümer durch die Befriedigung des anderen erlangten Teiles nicht erwerben (RG 69, 43). Die Abtretung kann auch unter einer aufschiebenden Bedingung erfolgen, da § 158 auch auf Verträge, die eine dingliche Rechtsänderung zum Gegenstand haben, Anwendung findet; es erlangt dann der Erwerber (z. B. wenn der Dritte den Brief für den Eigentümer in Verwahrung hat) mit dem Eintritt der Bedingung den mittelbaren Besitz (§ 868) an dem Brief (OLG 26, 133). Eine solche bedingte Abtretung kann auch schon vor Herstellung des Briefes (s. oben) für den Fall, daß der Dritte den Besitz an dem Briefe nach dessen Herstellung erlangen werde derart, daß der Eigentümer mittelbarer Besitzer sei (z. B. wenn der Eigentümer den hergestellten Brief durch das Grundbuchamt an den Dritten, mit dem er einen Verwahrungsvertrag geschlossen hat, aushändigen lasse), wirksam vereinbart werden (OLG 26, 133). — Eine Überweisung zur Einziehung steht der Abtretung nicht gleich, da dadurch der Anspruch nicht übertragen, sondern dem Pfändenden nur die Ermächtigung erteilt wird, den Anspruch in eigenem Interesse geltend zu machen (RG 63, 218).

4. Die die Übergabe ersetzende **Vereinbarung der Berechtigung des Gläubigers, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen,** bedarf zur Rechtswirksamkeit (Unwiderruflichkeit seitens eines Teiles, s. RG JW 08, 547[5]; OLG 8, 139; 14, 102) keiner Form (RG Gruch 56 S. 983, 986; KGJ 25 A 155). Auch ist Gebrauch der Worte des Abs 2 nicht erforderlich. Vielmehr genügt jede vom Gläubiger angenommene Erklärung des Eigentümers oder der sonst in irgendeiner Weise erkennbar kundgegebene übereinstimmende Wille, woraus die Erteilung der genannten Befugnis an den Gläubiger erhellt (RG Warn 1912 Nr 291; KGJ 32 A 242, auch 26 A 95). Z. B. kann im Falle einer Teilabtretung eine solche Vereinbarung darin gefunden werden, daß die den Antrag auf Aushändigung des zu bildenden Teilhypothekenbriefs enthaltende Abtretungsurkunde von dem Abtretenden dem Erwerber übergeben und dann von diesem dem Grundbuchamt behufs Umschreibung eingereicht wird (RG Warn 1912 Nr 291). Das Grundbuchamt allerdings darf den Brief dem Gläubiger nur dann aushändigen, wenn der Eigentümer die in A 2 erwähnte Bestimmung in der Form des § 29 Satz 1 GBO getroffen hat (KGJ 25 A 154). Ist dies nicht geschehen und hat daher das Grundbuchamt gemäß § 60 Abs 1 GBO den Brief dem Eigentümer ausgehändigt, so kann der Gläubiger, falls die Forderung für ihn entstanden ist, er insbesondere die ihm obliegende Leistung erfüllt hat, den Brief sich dadurch verschaffen, daß er auf Grund der Vereinbarung gegen den Eigentümer ein Urteil auf Herausgabe erstreitet und dann den Brief dem Eigentümer durch den Gerichtsvollzieher gemäß

§ 883 ZPO wegnehmen läßt (vgl. KGJ 21 A 173). Ist aber die Bestimmung vom Eigentümer formgerecht getroffen, so hat das Grundbuchamt dem von dem Gläubiger gestellten Antrag auf Aushändigung des Briefes, auch wenn der Antrag formlos gestellt ist, stattzugeben, da eine Form für den Antrag nicht vorgeschrieben ist (RJA 6, 78). — Zweck der Vorschrift des Abs 2 ist, zu verhüten, daß der Erwerb der Hypothek durch eine Verzögerung der Ausfertigung des Briefes verzögert wird, und durch die Erteilung des Rechtes auf Aushändigung des Briefes den mittelbaren Besitz des Briefes im voraus auf den Gläubiger zu übertragen (Prot 3, 729). Ist die Vereinbarung schon vor der Eintragung getroffen, so erwirbt der Gläubiger, falls die zu sichernde Forderung besteht (§ 1163 Abs 1, RGSt 39, 184), die Hypothek mit der Eintragung, das Eigentum am Brief gemäß § 952 mit der Herstellung (RG 66, 102; 81, 425; 89, 161; JW 08, 547[5]; KGJ 25 A 155; 35 A 288; 40, 324; OLG 11, 114). Von der tatsächlichen Aushändigung des Briefes an den Gläubiger sind diese Folgen nicht abhängig. Weder wird der Erwerb der Hypothek bis zur Aushändigung aufgeschoben, noch wird der Erwerb deswegen rückgängig, weil der Gläubiger den Brief nicht erhält; denn nach Abs 2 ersetzt die „Vereinbarung" ohne weiteres die Übergabe des Briefes (str., RG 89, 161; JW 08, 547[5]; vgl. RG 64, 313; 66, 210; Gruch 56, 984; a. M. SeuffA 57 Nr 78). Dies gilt auch dann, wenn der Eigentümer trotz der Vereinbarung bei Stellung des Eintragungsantrags die Anweisung zur Aushändigung an den Gläubiger nicht gemäß § 60 Abs 2 GBO erklärt und daher er nach § 60 Abs 1 GBO den Brief vom Grundbuchamt ausgehändigt erhält (str.). Liegt anderseits eine Vereinbarung nicht vor, so bewirkt die vom Eigentümer dem Grundbuchamte gegenüber einseitig erklärte Anweisung nicht für sich allein den Erwerb der Hypothek; vielmehr muß noch die tatsächliche Aushändigung des Briefes an den Gläubiger hinzutreten (RG 66, 100; 77, 108; 89, 161; JW 08, 547[5]; OLG 11, 114; s. A 2). Erfolgt die Vereinbarung erst nach Eintragung der Hypothek, so erwirbt der Gläubiger die Hypothek mit dem Zeitpunkte der Vereinbarung, nicht erst mit dem der Ausfertigung oder gar der Aushändigung des Briefes. — Wird die Vereinbarung gemäß § 894 ZPO durch ein vom Gläubiger erstrittenes rechtskräftiges Urteil ersetzt, das den Eigentümer (zur Bestellung der Briefhypothek und) zur Bewilligung der Aushändigung des Briefes verurteilt (vgl. RG 66, 102), so gilt das Vorstehende hinsichtlich des Zeitpunkts des Erwerbs in gleicher Weise (KGJ 21 A 172). Das Grundbuchamt hat auf Grund des Urteils den Brief dem Gläubiger auszuhändigen (§ 894 ZPO, § 60 Abs 2 GBO). Ist der Eigentümer lediglich zur Hypothekbestellung verurteilt und daher ihm der Brief ausgehändigt (§ 60 Abs 1 GBO), so erwirbt der Gläubiger, wenn er auf Grund des Urteils den Brief dem Eigentümer durch den Gerichtsvollzieher wegnehmen läßt, die Hypothek gemäß § 897 ZPO im Zeitpunkte der Wegnahme. — Die Vereinbarung muß vom Eigentümer mit dem Gläubiger geschlossen sein. Eine zwischen dem Eigentümer und einem Dritten (z. B. dem Erwerber des Grundstücks) zugunsten des Gläubigers getroffene Vereinbarung, wonach eine Hypothek für den Gläubiger bestellt und diesem die fragliche Ermächtigung erteilt wird, kann zwar den Gläubiger gemäß § 328 berechtigen, von dem Verpflichteten (in dem gewählten Falle von dem Grundstückserwerber) die Einwilligung in die Aushändigung des (nach Eintragung der Hypothek) auszufertigenden Briefes (auch im Klagewege) zu verlangen, ersetzt aber nicht die Briefübergabe im Sinne des Abs 2 (RG 66, 100; OLG 14, 102). — Über die Frage, ob und inwieweit dem Gläubiger, der gemäß § 952 Eigentümer des Briefes geworden ist (s. oben), im Falle der Verweigerung der Herausgabe des Briefes durch das Grundbuchamt ein privatrechtlicher Anspruch auf Herausgabe gegen den Justizfiskus zusteht, vgl. KGJ 40, 322.

5. Gegenüber der **aus dem Besitze des Briefes folgenden Vermutung** (s. § 292 ZPO) **für die Übergabe** muß der die Übergabe bestreitende Eigentümer den Beweis führen, daß der Brief ohne seinen Willen in den Besitz des Gläubigers gelangt ist. Aber auch dieser Beweis nützt ihm dann nichts, wenn der Gläubiger einen persönlichen Anspruch auf Beschaffung des Briefes hat; denn der Gläubiger kann in diesem Falle durch Klage oder Widerklage gegen ihn ein Urteil auf Abgabe der zu der Einigung im Sinne des § 929 Satz 2 (s. A 3) erforderlichen Erklärung erstreiten. — Anderseits folgt aus Abs 3, daß, wenn der Gläubiger nicht im Besitze des Briefes ist, ihm eine Vermutung hinsichtlich Erwerbs der Hypothek nicht zur Seite steht, also auch nicht eine Vermutung aus § 891 wegen der für ihn erfolgten Eintragung der Hypothek. Er muß dann, wenn er sein Gläubigerrecht geltend machen will, den Beweis führen, daß er, wiewohl er nicht im Besitze des Briefes ist, die Hypothek durch Übergabe oder Übergabeersatz erworben hat (str., a. M. KGJ 22 A 310). — Hat der im Besitze des Briefes befindliche Gläubiger die Hypothek an einen Dritten übertragen, so hat die Hypothek, auch wenn der Gläubiger den Brief ohne Willen des Eigentümers erlangt hat, gemäß §§ 1138, 892 zugunsten des Dritten als dem Gläubiger zustehend zu gelten, es sei denn, daß der Dritte beim Erwerbe bösgläubig war (Prot 3, 646; 3, 729). — Hinsichtlich der Zeit der Übergabe des Briefes besteht keine Vermutung. Kommt es auf den Zeitpunkt der Übergabe an (z. B. im Falle einer dazwischenliegenden Konkurseröffnung), so muß der Zeitpunkt nachgewiesen werden (RJA 6, 67; KGJ 40 A 281).

§ 1118

Kraft der Hypothek[1]) haftet das Grundstück auch für die gesetzlichen Zinsen[2]) der Forderung sowie für die Kosten[3]) der Kündigung[4]) und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung[5]).

E I 1066 II 1027; M 3 647 ff.; P 3 549.

1. **Kraft der Hypothek** bedeutet kraft Gesetzes ohne besondere Bewilligung und Eintragung. Die im § 1118 bezeichneten Zinsen und Kosten sind daher nicht eintragungsbedürftig. Auch ist ein Antrag auf ihre Eintragung vom Grundbuchamt abzulehnen, weil überflüssige Eintragungen vom Grundbuche fernzuhalten sind (RJA 1, 81; 2, 246; KGJ 35 A 325). Wenn jedoch die Eintragung bewirkt worden, ist weder das Grundbuch unrichtig noch die Eintragung im Sinne des § 54 GBO ihrem Inhalte nach unzulässig (KGJ 35 A 325). — § 1118 gilt für alle Arten der Hypothek sowie nach §§ 1192, 1199 auch für Grundschulden und Rentenschulden. Vgl. aber für Höchstbetragshypotheken die Sondervorschrift des § 1190 Abs 2. — Die Vorschrift gilt nach Art 192 EG vom Zeitpunkte der Grundbuchanlegung ab auch für die vor dem 1. 1. 00 eingetragenen hypothekarischen Rechte. Erfahren diese dadurch gegenüber dem früheren Recht eine Erweiterung (wie z. B. durch den Eintritt der in einigen Rechtsgebieten früher ohne Eintragung nicht bestehenden Haftung für gesetzliche Zinsen), so gilt die Erweiterung nur hinsichtlich der nach der Grundbuchanlegung entstehenden Nebenforderungen, während eine eintretende Minderung (wie z. B. hinsichtlich der in einigen Rechtsgebieten früher bestehenden Haftung für Eintragungskosten, s. A 3) auch solche Nebenforderungen ergreift, die schon vorher entstanden waren. Bezüglich der nach früherem Recht eingetragenen besonderen Kautionshypotheken für Zinsen und Kosten vgl. **RG** 61, 374; Gruch 59, 134; RJA 7, 127; OLG 4, 160; 12, 292.

2. Als **gesetzliche Zinsen** kommen hier vornehmlich Verzugszinsen (§§ 288, 289) in Betracht, sowie Prozeßzinsen (§ 291). Vgl. auch § 1146 (aus dem Grundstück gebührende Verzugszinsen, wenn der Eigentümer mit der Befriedigung des Gläubigers im Verzuge ist), ferner § 452 (Verzinsung des Kaufpreises), § 641 Abs 2 (Vergütung beim Werkvertrag), §§ 668, 675, 698, 1834 (eigennützige Verwendung fremder Gelder durch Beauftragte, Verwahrer, Vormünder). — Für rechtsgeschäftliche Zinsen dagegen haftet das Grundstück nur, wenn sie nach Maßgabe des § 1115 eingetragen sind. Dies gilt auch von solchen Verzugszinsen, die über die durch das Gesetz (§ 246, HGB § 352) bestimmte Höhe hinaus rechtsgeschäftlich festgesetzt sind (OLG 14, 100). Ferner haftet das Grundstück nicht für Schadensersatzansprüche, die nach §§ 286, 288 Abs 2, 289 Satz 2 aus einem Verzuge über die gesetzlichen Verzugszinsen hinaus geltend gemacht werden können (OLG 14, 101). — Über die gesetzlichen Zinsen bei der Bauhypothek vgl. §§ 27 Abs 4, 34 Abs 2 des BauFG v. 1. 6. 09.

3. Für andere **Kosten** als die im § 1118 bezeichneten (z. B. Verwaltungskosten, Kosten für Registerauszüge, Stempel, Taxen, für Vermerke auf Hypothekenbriefen) haftet das Grundstück nur, wenn ihre Eintragung besonders bewilligt und nach Maßgabe des § 1115 vollzogen ist (RJA 1, 83; SeuffA 66 Nr 63). Dies gilt auch für die Kosten der Eintragung (M 3, 648; **RG** 72, 333; KGJ 49, 231). Bei der Zwangs- und der Arresthypothek aber haftet das Grundstück gemäß §§ 867 Abs 1 Satz 3, 932 Abs 2 ZPO auch für die Eintragungskosten kraft Gesetzes (vgl. über die Besonderheiten der Zwangssicherungshypothek gegenüber der Vertragssicherungshypothek § 1184 A. 4). Hinsichtlich Ablehnung des Antrags auf ihre Eintragung und der Wirkung ihrer Eintragung gilt das in A 1 Bemerkte.

4. Kosten der **Kündigung** im Sinne des § 1118 sind nur solche, die durch eine nach § 1141 für die dingliche Hypothek wirksame Kündigung gegenüber dem Eigentümer entstehen, nicht Kosten der Kündigung gegenüber dem persönlichen Schuldner, der nicht der Eigentümer ist. Die Kündigungskosten sind unter entsprechender Anwendung der §§ 91, 788 ZPO (z. B. bezüglich der Vertretung durch einen Anwalt) nur soweit für erstattungsfähig zu erachten, als sie zur zweckentsprechenden Geltendmachung des Hypothekenrechts notwendig waren. Dahin sind besonders zu rechnen Kosten der Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher, Kosten für die Bestellung eines Vertreters gemäß § 1141 Abs 2.

5. Unter den Kosten der **die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung** sind nur Kosten der gegen den Eigentümer als solchen mit der dinglichen Klage gerichteten Rechtsverfolgung zu verstehen. Für Kosten einer persönlichen (schuldrechtlichen) Klage gegen den Schuldner haftet das Grundstück nicht (**RG** 90, 172). Ist die dingliche Klage, wenn der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, mit der persönlichen Klage verbunden, so erstreckt sich die Haftung nicht auf die durch die Verbindung etwa entstehenden Mehrkosten (vgl. M 3, 650; **RG** 1, 105; 90, 172). Auch wenn auf Grund vertragsmäßig übernommener schuldrechtlicher Verpflichtung auf Bestellung einer Hypothek geklagt und zufolge geschehener Verurteilung demnächst die Hypothek eingetragen worden ist, haftet das Grundstück nicht ohne weiteres für die Kosten jenes Rechtsstreits (**RG** 90, 172). Jedoch,

wenn es sich um eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) handelt und die Kostenforderung als zu dem Kreise der durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Forderungen gehörig nach der Sachlage zu erachten ist, muß bei Bemessung des Höchstbetrags der einzutragenden Hypothek die Kostenforderung mitberücksichtigt werden (vgl. RG 90, 172). — Der Begriff „Rechtsverfolgung" umfaßt alle Rechtshandlungen, die auf Herbeiführung der Befriedigung aus dem Grundstücke gerichtet und hierfür zweckentsprechend sind (SeuffA 62 Nr 73). Hinsichtlich der (dinglichen) Klage macht es keinen Unterschied, ob der gewöhnliche Prozeß oder der Urkundenprozeß (§ 592 ZPO) oder das Mahnverfahren (§ 688 ZPO) gewählt wird. Die Rechtsverfolgung umfaßt auch die Zwangsvollstreckung. Jedoch nur die in das Grundstück, nicht die in das sonstige Vermögen des Eigentümers, der etwa zugleich persönlicher Schuldner ist. Insbesondere gehören zu den Kosten der Rechtsverfolgung auch die Kosten, die dem Gläubiger durch Betreiben der Zwangsversteigerung oder durch Beitritt zu der von einem anderen Gläubiger betriebenen Zwangsversteigerung erwachsen (vgl. § 109 ZVG). — Die betreffende Rechtshandlung (z. B. die Klage) muß rechtlich begründet sein. Andernfalls hat sie als zweckentsprechend nicht zu gelten. Ferner haftet das Grundstück auch für solche Kosten, die an sich Kosten der Rechtsverfolgung sind, dann nicht, wenn das eingeleitete Verfahren auf Befriedigung aus irgendeinem Grunde nicht zu Ende geführt, z. B. die Klage oder der Antrag auf Zwangsversteigerung zurückgenommen wird. Denn als „die" Befriedigung des § 1118 ist nur die tatsächlich erreichte Befriedigung zu erachten und daher müssen die Rechtshandlungen gerade diese Befriedigung bezweckt haben und für ihre Erreichung mitwirkend gewesen sein (RG Warn 1910 Nr 61). Deshalb können Kosten eines aufgegebenen Versuchs der Befriedigung bei einer späteren Befriedigung nicht aus dem Grundstück erstattet verlangt werden, namentlich auch nicht, wenn inzwischen etwa der Eigentümer gewechselt hat. Der Gläubiger muß sich wegen solcher Kosten anderweitig sichern, ehe er den unternommenen Versuch aufgibt. Dies kommt auch besonders in Betracht für die Frage, ob das Grundstück für die Kosten solcher Rechtshandlungen haftet, durch die der Gläubiger im Falle der Verschlechterung des Grundstücks gemäß § 1133 die sofortige Fälligkeit der Hypothek oder im Falle der drohenden Verschlechterung gemäß § 1134 Abs 2 die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln (z. B. die Zwangsverwaltung) herbeiführt. Die Frage ist zu bejahen, wenn im unmittelbaren Anschluß an die Rechtshandlungen und die dadurch bewirkten Maßregeln das Verfahren auf Befriedigung durchgeführt wird. Denn die Rechtshandlungen erscheinen dann als auf diese Befriedigung gerichtet, und insbesondere ist auch durch die auf Grund des § 1134 Abs 2 herbeigeführten Maßregeln insofern diese Befriedigung bezweckt, als durch Verhinderung der Verschlechterung die möglichst vollständige Befriedigung erzielt werden sollte (vgl. §§ 25, 10 Abs 2 ZVG; str., OLG 26, 136; a. M. OLG 18, 163; 38, 71). Wird aber ein Verfahren auf Befriedigung nicht durchgeführt, so entfällt auch hier die Haftung des Grundstücks für die Kosten solcher Rechtshandlungen (vgl. RG 72, 332; auch OLG 38, 71). Überhaupt nicht zu den Kosten des § 1118 gehören die Kosten der Unterlassungsklage aus § 1134 Abs 1, da diese Klage stets nur auf Sicherung, nicht auf Befriedigung gerichtet ist. — Hinsichtlich der Höhe der in die Haftung fallenden Kosten gilt auch hier wie bei der Kündigung (s. A 4), daß nur die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten erstattet verlangt werden können. Über die Kosten der Vertretung durch einen Anwalt im Zwangsversteigerungsverfahren vgl. RG 22, 322. — Behandlung der Kosten in der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung: §§ 10 Abs 2, 12, 37 Nr 4, 66, 110, 114, 155 ZVG. Vgl. ferner § 10 Nr 1 ZVG (Vorrecht der nötigen Ausgaben des Gläubigers bei der Zwangsverwaltung, s. dazu RG 17, 273; 23, 233; 25 S. 227, 237; 38, 312; 41, 321).

§ 1119

Ist die Forderung unverzinslich oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann die Hypothek[1]) ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten[2]) dahin erweitert[3]) werden, daß das Grundstück für Zinsen bis zu fünf vom Hundert[4]) haftet.

Zu einer Änderung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts ist die Zustimmung dieser Berechtigten gleichfalls nicht erforderlich[5]).

E I 1065 II 1028; M 3 646 f.; P 3 548, 782 f.; 4 602.

1. § 1119 gilt für alle Arten der **Hypothek** sowie nach §§ 1192, 1200 auch für Grundschulden und Rentenschulden. Bei der Höchstbetragshypothek jedoch werden gemäß § 1190 Abs 2 die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet. Daher ist § 1119 Abs 1 auf sie nicht anwendbar. Wenn aber eine solche Hypothek in eine gewöhnliche Hypothek umgewandelt wird, können Zinsen bis zu 5% nach Maßgabe des § 1119 Abs 1, also ohne Zustimmung der gleich-

oder nachstehenden Berechtigten, hinzugefügt werden (**RG** 60, 244; KGJ 21 A 160; 31 A 341; RJA 3, 156); freilich (ohne Zustimmung) nicht frühere Zinsen, sondern nur solche vom Tage der Eintragung der Umwandlung ab (KGJ 21 A 160; 31 A 341; RJA 3, 156; 8, 60; 11, 60). Bei einer Gesamthypothek (§ 1132) ist die Zinserhöhung auch bezüglich eines der belasteten Grundstücke allein zulässig (KGJ 21 A 168). — § 1119 findet gemäß Art 192 EG auch auf die vor 1. 1. 00 eingetragenen Hypotheken Anwendung, und zwar gleichviel, ob die gleich- oder nachstehenden Berechtigten vor oder erst nach diesem Zeitpunkte eingetragen worden sind.

2. **Ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten** soll die Zinserhöhung bis zu 5% mit dem Range der bisherigen Hypothek erfolgen können, um die Kündigung nicht oder gering verzinslicher Hypotheken zu verhüten (M 3, 646; RJA 4, 249; 10, 148). Notwendig ist aber nach §§ 877, 873 die Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger, sowie die Eintragung, da es sich um Änderung des Inhalts der Hypothek handelt (KGJ 29 A 176). Zur Vornahme der Eintragung genügt für das Grundbuchamt gemäß § 19 GBO eine in der Form des § 29 GBO erklärte Eintragungsbewilligung des Eigentümers, der allein durch die Eintragung in seinem Rechte betroffen wird (KGJ 29 A 177). Bei einer Briefhypothek ist außerdem der Brief vorzulegen, auf dem das Grundbuchamt die Zinserhöhung zu vermerken hat (§§ 42, 62 GBO). In der Eintragungsbewilligung braucht eine besondere Erklärung über den Rang der Zinserhöhung nicht enthalten zu sein, da diese ohne weiteres den Rang des geänderten Rechtes teilt (KGJ 26 A 140). Die Eintragung der Zinserhöhung (bis zu 5%) ist, da diese eine Änderung des Hypothekenrechts enthält, nicht in die für Neueintragungen, sondern in die für Inhaltsänderungen bestimmte Spalte zu bewirken (RJA 3, 248; 7, 261). Jedoch hat die Eintragung in einer unrichtigen Spalte nicht die Rechtsunwirksamkeit der Zinserhöhung zur Folge. — Ist die Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet, so bedarf es nach §§ 877, 876 auch der Zustimmung des Dritten. — Erfolgt eine Zinserhöhung nach Beschlagnahme des Grundstücks durch Einleitung der Zwangsversteigerung (§ 20 ZVG), so ist sie dem betreibenden Gläubiger gegenüber, soweit er dadurch in seinem Rechte auf Befriedigung aus dem Grundstück beeinträchtigt wird, gemäß § 23 ZVG, §§ 135, 136 BGB unwirksam, nicht aber auch anderen Realberechtigten gegenüber, sei es auch gleich- oder nachstehenden, da die Beschlagnahme nicht zu ihren Gunsten wirkt (OLG 25, 136).

3. Die **Erweiterung** des Zinsrechts nach Maßgabe des § 1119 ist nicht bloß für die seit der Eintragung der Zinserhöhung laufenden Zinsen zulässig; vielmehr können die Zinsen bis zu 5% (ohne Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten mit dem Range der bisherigen Hypothek) auch von der Eintragung der Hypothek ab erhöht werden, da das Gesetz in dieser Hinsicht keinen Unterschied macht (vgl. RJA 10, 146). Vgl. jedoch bezüglich der Höchstbetragshypothek A 1. — Kapitalisierte Zinsrückstände sind dagegen als selbständige neue Hypotheken einzutragen (vgl. RJA 10, 147). — Eine Zinsherabsetzung ist, da das Zinsrecht ein Teil des Hypothekenrechts und somit selbst Hypothek ist (vgl. §§ 1145 Abs 1, 2; 1158, 1159, 1178), teilweise Aufhebung der Hypothek. Sie bedarf daher nach §§ 875, 1183 der Aufgabeerklärung des Gläubigers, der Zustimmung des Eigentümers und der Löschung des Zinsrechts. Die letztere hat das Grundbuchamt nur dann zu bewirken, wenn ihm sowohl die Löschungsbewilligung des Gläubigers (§ 19) als auch die Zustimmung des Eigentümers (§ 27) in der Form des § 29 GBO beigebracht wird (**RG** 72, 362).

4. Nur **für Zinsen bis zu fünf vom Hundert** kann die Hypothek ohne Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten erweitert werden. Dabei sind unter Zinsen die laufenden Erträge einer Kapitalschuld, wie der Schuldner sie zu gewähren hat, zu verstehen. Andere Nebenleistungen (s. § 1115 A 6), mögen sie sich auch als Vergütungen für die Gewährung eines durch die Hypothek gesicherten Darlehns darstellen, wie Abschlußprovisionen, Entschädigungen für die Beschaffung des Darlehns, Vergütung für Unkosten von Talonsteuer und Couponbogenerneuerung, sind nicht dazu zu rechnen, selbst wenn sie in Form von Zinszuschlägen versprochen werden (OLG. 34, 206). Soll eine Hypothek durch Eintragung solcher Nebenleistungen in der Weise erweitert werden, daß diese den Rang der Hypothek erhalten, so ist dazu die Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten (§ 877) erforderlich (s. unten). — Ferner bedarf es solcher Zustimmung, wenn das Zinsrecht über fünf vom Hundert hinaus erweitert werden und die 5% übersteigenden Zinsen den Rang der Hypothek haben sollen (vgl. jedoch RJA 3, 131 für den Fall der die Belastung nicht erweiternden Umwandlung von Nebenleistungen in Zinsen). Wird die Zustimmung nicht beigebracht, so können die übersteigenden Prozente nur mit dem Range nach den Gleich- oder Nachberechtigten eingetragen werden (OLG 1, 481; RJA 3, 248; 7, 261; 10, 148). Jedoch handelt es sich auch im letzteren Falle hinsichtlich der übersteigenden Prozente um eine Erweiterung der bisherigen Hypothek, nicht um Bestellung einer neuen Hypothek, da die Hauptforderung die nämliche bleibt. Deshalb ist in Preußen die Eintragung dieser Prozente nicht in der für neue Eintragungen, sondern ebenfalls in der für „Veränderungen" bestimmten Spalte zu bewirken, und zwar mit Angabe des Ranges der Prozente hinter den Gleich- oder Nachberechtigten

(str.; RJA 3, 248; 7, 261; KGJ 26 A 290; 48, 217; vgl. § 1115 A 5; anders OLG 26, 138 mit Rücksicht auf das für Sachsen geltende Formular des Grundbuchblatts), und ist die Erteilung eines besonderen Hypothekenbriefs über die übersteigenden Prozente ausgeschlossen (OLG 1, 481). Es ist auch nicht bei den folgenden Hypotheken noch in den darüber gebildeten Hypothekenbriefen (gemäß § 42 GBO) zu vermerken, daß die übersteigenden Prozente im Range nachstehen, da es sich weder um eine abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses im Sinne des § 879 Abs 3 noch um eine nachträgliche Rangänderung nach § 880 handelt (KGJ 48, 216 unter Aufgabe von KGJ 33 A 250). — Wird mit Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten eine Hypothek durch nachträgliche Festsetzung anderer Nebenleistungen als Zinsen erweitert (s. oben), so kann die Eintragung in der Weise bewirkt werden, daß die Erweiterung bei der Hypothek vermerkt wird (RJA 7, 258; KGJ 40, 283). Ist die Zustimmung nicht beigebracht, so kann auch hier diese Eintragung nur mit dem Vermerk erfolgen, daß die Nebenleistungen den Gleich- oder Nachberechtigten im Range nachständen (vgl. OLG. 34, 206). Wegen Amortisationsbeiträge s. A 5. — Die Erweiterung einer Hypothek (auch einer Höchstbetragshypothek, § 1190) oder einer Grundschuld durch nachträgliche Erhöhung des eingetragenen Kapitalbetrags ist, weil es sich nicht um Änderung des Inhalts der Hypothek wie bei den Nebenleistungen handelt, überhaupt nicht zulässig. Es kann wegen des weiteren Betrags nur eine neue Hypothek (Grundschuld) eingetragen werden (KGJ 40, 282). Ist jedoch die Erweiterung (versehentlich) eingetragen (in Spalte Veränderungen), so ist die Eintragung nicht für unwirksam, sondern (falls die Hypothek sonst zulässig ist; vgl. § 866 Abs 3 ZPO) als Eintragung einer neuen Hypothek an letzter Stelle zu erachten, da Vermerk an unrichtiger Stelle des Grundbuchblatts nicht Unwirksamkeit bewirkt (str.). Wegen Erweiterung der Rentenschuld s. § 1200 A 2.

5. Eine **Änderung der Zahlungszeit oder des Zahlungsorts** bedarf zwar nicht der Zustimmung der Gleich- und Nachberechtigten, wie Abs 2 zur Beseitigung von Zweifeln bestimmt (Prot 4, 602), wohl aber nach §§ 873, 876, 877 der Einigung des Gläubigers und des Eigentümers (vgl. jedoch KGJ 29 A 176 hinsichtlich der Frage, ob derjenige, zu dessen Gunsten die Änderung erfolgt, ein durch diese Betroffener im Sinne des § 19 GBO ist) sowie der Zustimmung des an der Hypothek etwa berechtigten Dritten. — Um Änderung der Zahlungszeit, nicht um Erweiterung der hypothekarischen Belastung, handelt es sich auch, wenn nachträglich Zahlung von Tilgungsbeiträgen (Amortisationsleistungen) vereinbart wird, da diese nicht Nebenleistungen, sondern Abschlagszahlungen auf die Hauptforderung sind (s. § 1115 A 6). Daher bedarf es der Zustimmung der Gleich- oder Nachberechtigten auch dann nicht, wenn die Jahresleistungen 5% (s. A 4) übersteigen (RJA 11, 248). — Wird die Zahlungsart durch Vereinbarung der sog. Goldklausel (vgl. über diese § 1115 A 8) geändert, so bedarf es zu einer solchen Änderung der Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten, und zwar nicht nur formellrechtlich zur Vornahme der Eintragung nach § 19 GBO, weil diese Berechtigten in ihrem Rechte betroffen werden (KGJ 48, 218), sondern auch zur materiellrechtlichen Wirksamkeit der Goldklausel gegenüber diesen Berechtigten, da die eine Änderung des Inhalts der Hypothek enthaltende Eintragung die Haftung des Grundstücks verstärkt und sich somit als eine neue Belastung darstellt (vgl. § 877 A 3, auch KGJ 48, 219/221).

§ 1120

Die Hypothek erstreckt sich[1]) auf die von dem Grundstücke getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile[2]), soweit sie nicht[3]) mit der Trennung nach den §§ 954 bis 957 in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder des Eigenbesitzers des Grundstücks gelangt sind[4]), sowie auf das Zubehör des Grundstücks mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt sind[5]).

E I 1067 II 1029; M 3 650 f., 653, 655 ff.; P 3 549 f., 553 ff.

1. Die §§ 1120—1131 geben besondere Bestimmungen darüber, daß und inwieweit **die Hypothek sich erstreckt** auf getrennte Erzeugnisse und sonstige Bestandteile sowie Zubehörstücke (§§ 1120—1122), auf Miet- und Pachtzinsforderungen (§§ 1123—1125), wiederkehrende Leistungen (§ 1126), Versicherungsansprüche (§§ 1127—1130), zugeschriebene Grundstücke (§ 1131). Daß für die Hypothek mit dem Grundstücke auch die ungetrennten Bestandteile haften, gleichviel ob sie wesentliche oder unwesentliche und ob sie vor oder erst nach der Hypothekbestellung Bestandteile geworden sind, folgt schon aus §§ 93 ff. und setzt § 1120 als selbstverständlich voraus (vgl. **RG** 26, 346; 83, 56). Nicht wesentliche Bestandteile aber haften für die Hypothek dann nicht, wenn besondere Rechte an ihnen entgegenstehen, insbesondere dem Eigentümer das Verfügungsrecht über sie nicht zusteht (wie z. B. nach berggesetzlichen Bestimmungen bezüglich gewisser Bodenbestandteile). Jedoch

greift hier zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers der Hypothek der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§§ 891, 892) hinsichtlich der im Bestandsverzeichnisse enthaltenen Angaben über die Grundstücksbestandteile ein (vgl. hierüber § 892 A 6). Wesentliche Bestandteile können gemäß § 93 von der Haftung nicht ausgeschlossen werden (vgl. RG 62, 410). Werden daher z. B. bewegliche Sachen zufolge ihrer Veräußerung an den Grundstückseigentümer mit dem Grundstück als dessen wesentliche Bestandteile vereinigt, so treten sie auch dann in die Haftung für die Hypothek ein, wenn der Veräußerer sich das Eigentum an ihnen vorbehalten hat; gemäß §§ 93, 946 erlischt das Eigentum des Veräußerers an den Sachen trotz des Vorbehalts (vgl. RG 26, 346; 36, 261; 50, 241; 62, 411; 63 S. 172 u. 421; 67, 32). Dies gilt selbst dann, wenn der Hypothekengläubiger beim Erwerbe der Hypothek von dem Vorbehalte Kenntnis hatte (RG JW 04, 138[2]). Auch durch Mobiliarzwangsvollstreckung können wesentliche Bestandteile der Haftung für die Hypothek nicht entzogen werden. Der Hypothekengläubiger kann gegen eine solche unzulässige Zwangsvollstreckung Erinnerung bei dem Vollstreckungsgericht gemäß § 766 ZPO einlegen oder Widerspruchsklage gemäß § 771 ZPO erheben (vgl. RG 34, 377; 55, 201). Eine Ausnahme hiervon gilt für noch nicht getrennte Früchte insofern, als ihre Pfändung unter den Voraussetzungen des § 810 Abs 1 ZPO an sich zulässig ist. Jedoch steht dem Hypothekengläubiger gemäß § 810 Abs 2 ZPO auch hier selbst gegen die zulässige Pfändung die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO zu, sofern nicht die Pfändung für einen im Falle der Zwangsvollstreckung in das Grundstück vorgehenden Anspruch erfolgt ist. — Zu den Vermehrungen des Grundstücks, die als Bestandteile in die Haftung auch für früher bestellte Hypotheken eintreten, gehören z. B. Anspülungen, natürliche Zulandung eines angrenzenden Flußbetts, ungetrennte Erzeugnisse, neuerrichtete Gebäude. Auch die während des Konkurses des Grundstückseigentümers vom Konkursverwalter dem Grundstücke einverleibten Samen und Pflanzen haften für die Hypotheken; § 15 KO steht nicht entgegen, da die Erweiterung des Haftungsgegenstandes kraft Gesetzes eintritt (vgl. RG 53, 353; 59, 369). — Wenn im Falle des Grenzüberbaues der Nachbar den Überbau dulden muß und daher als Entschädigung eine Geldrente erhält (§ 912), haftet nach §§ 96, 876, 1126 die Rente als Bestandteil des Nachbargrundstücks für die auf diesem lastenden Hypotheken, während der Überbau als Teil des ganzen Gebäudes für die Hypotheken des anderen Grundstücks mithaftet. Errichtet der Eigentümer zweier aneinander grenzender Grundstücke ein Gebäude auf der Grenze, so haften den Hypothekengläubigern der beiden Grundstücke nur die bis zur Grenze reichenden Gebäudeteile und, wenn im Falle der Zwangsversteigerung die Grundstücke verschiedenen Erstehern zugeschlagen werden, erwerben diese das Gebäude gemäß §§ 93, 94 Abs 1 (vgl. ZVG §§ 20 Abs 2, 93 Abs 2) ebenfalls nur je bis zur Grenzschnittlinie (RG 65, 363; 70, 201; vgl. § 94 A 1, § 921 A 1). — Gemäß § 95 Abs 1 errichtete Gebäude (nur zu einem vorübergehenden Zweck oder in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke) sind nicht Bestandteile des Grundstücks (s. § 95 A 1) und unterliegen daher nicht der Hypothekhaftung. — Über die Haftung der mit dem Grundstücke verbundenen Rechte (§ 96) vgl. § 1126 A 1. — Die Trennung der Bestandteile vom Grundstück hebt die Haftung nicht auf, sofern nicht das Gesetz (vgl. §§ 1120, 1121, 1122) etwas anderes vorschreibt (s. A 2). Werden Grundstücksteile (Parzellen) abgetrennt, so müssen die Hypotheken, sofern nicht die Gläubiger die Teile aus der Pfandhaft entlassen, auf die Grundbuchblätter der Teile übertragen werden, widrigenfalls den Gläubigern ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Hypotheken gemäß § 894 zusteht. Vgl. aber den Vorbehalt für die Landesgesetzgebung in Art 120 EG (Unschädlichkeitszeugnis) sowie in Art 113 EG (Zusammenlegung von Grundstücken, Gemeinheitsteilung). — Ist nach reichsgesetzlicher oder landesgesetzlicher Vorschrift wegen Enteignung von Grundeigentum oder nach landesgesetzlicher Vorschrift wegen Beschädigung eines Grundstücks durch Bergbau dem Grundstückseigentümer eine Entschädigung zu gewähren, so haftet für die Hypotheken gemäß Artt 52, 53, 67 Abs 2, 109 Satz 2 EG die Entschädigung (RG 69, 247). — Das Vorerörterte sowie die §§ 1120—1131 finden auch auf Grundschulden und Rentenschulden Anwendung (§§ 1192, 1200); ferner nach § 1107 auf die einzelnen Leistungen einer Reallast (RG Gruch 61, 320). — Für die unter der Herrschaft des früheren Rechtes bestellten Hypotheken bestimmt sich von dem Zeitpunkt ab, in dem das Grundbuch nach Art 186 EG als angelegt anzusehen ist, der Umfang der Haftung gemäß Art 192 EG nach dem Rechte des BGB (RG 46, 173; 47, 198; 50, 72; 55, 289; JW 02 Beil 217). Insbesondere gilt dies für die Frage, ob auch Zubehör des Grundstücks (§§ 97, 98) für die Hypothek haftet (§ 1120) und was als Zubehör anzusehen ist (RG 46, 174; 47, 198; 55, 289; JW 02 Beil 217). Die Sachen, die nach BGB Zubehör sind, unterliegen der Haftung, auch wenn sie nach früherem Rechte nicht Zubehöreigenschaft hatten, und umgekehrt scheiden Zubehörstücke des früheren Rechtes von der Haftung aus, wenn sie nach BGB nicht Zubehör sind (RG 46, 173; 55, 288; JW 02 Beil 217). Jedoch treten im ersteren Falle die Sachen nur in dem Rechtszustande zur Zeit des Inkrafttretens des BGB (z. B. behaftet mit einem Pfandrecht, das durch eine nach früherem Rechte zulässige Pfändung erworben ist) in die Haftung ein (RG 46, 174; JW 02 Beil 217). — Die Haftung von Gegenständen für die Hypothek

schließt selbstverständlich eine Vertragsklage gegen den Eigentümer auf Herausgabe der Gegenstände nicht aus; auch bedarf es der Zuziehung der Hypothekengläubiger zu dem Rechtsstreite nicht (RG Warn 08 Nr 113). — Eine vertragsmäßige Erweiterung des Umfangs der Erstreckung ist unzulässig, da der Inhalt des dinglichen Hypothekenrechtes nicht anders, als im Gesetz bestimmt, durch Parteivereinbarung geregelt werden kann (vgl. RG 63, 373). — Bei einer den Grundstücken gleichstehenden selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeit (vgl. für Preußen Art 40 AG.BGB), die nicht allein das unter der Erdoberfläche liegende Kohlenfeld umfaßt, sondern alle der Ausbeute der gewonnenen Kohlen und anderen Fossilien dienenden bergbaulichen Anlagen, sei es als Bestandteile im Sinne der §§ 93, 94 oder, wenn sie bewegliche Sachen sind, die dem Betriebe zu dienen bestimmt sind, nach § 97 Abs 1, § 98 Nr 1 als Zubehör, erstreckt sich die Hypothek auf alle diese Gegenstände, wobei die Anlagen, soweit sie Bestandteile sind, gleichzustellen sind einem mit einer Hypothek belasteten Grundstück im Sinne des § 1120 (RG 61, 190; Gruch 61, 322; OLG 29, 359). — Über die Feststellung des geringsten Gebots in der Zwangsversteigerung (§§ 44, 45 ZVG), wenn es zweifelhaft ist, ob der vollstreckbare Anspruch des betreibenden Gläubigers als lediglich schuldrechtlicher oder als dinglicher aus einer Hypothek geltend gemacht ist, vgl. RG Warn 1914 Nr 188.

2. Daß **getrennte Erzeugnisse und sonstige Bestandteile** (z. B. auch Teile eines abgebrochenen Gebäudes) grundsätzlich (Ausnahmen s. A 4) für die Hypothek haften, ist im § 1120 nur zur Beseitigung eines etwaigen Zweifels, ob eine Hypothek an beweglichen Sachen bestehen könne, bestimmt. Es würde dies schon daraus von selbst folgen, daß die Hypothek sich auf alle ungetrennten Bestandteile erstreckt (s. A 1) und daher einzelne Bestandteile nicht allein durch Lösung der Verbindung mit dem Ganzen von der Haftung frei werden können (M 3, 654). Durch die Trennung, d. i. Loslösung als bewegliche Sachen von Grund und Boden oder dessen Bestandteilen (z. B. Gebäuden), werden aber die Bestandteile zu selbständigen Sachen. Nach § 865 Abs 2 ZPO unterliegen sie, falls sie nicht zu Zubehörstücken (§§ 97, 98) werden (über diesen Fall s. A 5), der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen für persönliche Gläubiger, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist. Vor einer solchen Beschlagnahme kann der Hypothekengläubiger der Pfändung nicht widersprechen. Streitig ist, ob er nach § 805 ZPO einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung im Wege der Klage gegen den pfändenden Gläubiger geltend machen kann. Dies ist mit der herrschenden Meinung (vgl. RG 42, 90; 69, 93; OLG 15, 168; SeuffA 59, 296; a. M. OLG 13, 212) zu bejahen. Denn nach § 1121 Abs 1 werden getrennte Bestandteile von der Haftung für die Hypothek erst dann frei, wenn sie veräußert und von dem Grundstück entfernt worden sind. Solange daher der Gerichtsvollzieher die gepfändeten Bestandteile noch nicht vom Grundstücke fortgeschafft und veräußert hat, ist die Haftung der Gegenstände für die Hypothek nicht erloschen und deshalb der Hypothekengläubiger als ein nicht im Besitze der Gegenstände befindlicher Pfandgläubiger im Sinne des § 805 ZPO anzusehen. Auch wenn ein einzelner Hypothekengläubiger wegen seiner Hypothek auf Grund vollstreckbaren Titels getrennte Bestandteile pfänden läßt, können die anderen Hypothekengläubiger ihm gegenüber Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung erheben; jedoch nur, wenn sie ihm im Range vorgehen, da ihnen andernfalls ein Vorzugsrecht nicht zusteht. Werden Bestandteile, die bereits für einen persönlichen Gläubiger gepfändet sind, demnächst auch für einen Hypothekengläubiger gepfändet, so erlangt dieser allerdings auf Grund seiner Pfändung kein Vorzugsrecht; vielmehr hat jener Gläubiger zufolge seiner früheren Pfändung an sich ein vorgehendes Pfändungspfandrecht. Aber der Hypothekengläubiger kann auch in diesem Falle auf Grund des § 805 ZPO vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse verlangen, sofern nicht andere ihm im Range vorgehende Hypothekengläubiger ein gleiches Recht geltend machen. Ist die Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt, so ist die Mobiliarzwangsvollstreckung in getrennte Bestandteile nach § 865 Abs 2 Satz 2 ZPO unzulässig und wirkungslos (RG 59, 91; JW 05, 89[38]). Die Hypothekengläubiger können gegen eine Pfändung Einwendung beim Vollstreckungsgericht gemäß § 766 ZPO und auch Widerspruchsklage aus § 771 ZPO erheben (vgl. RG 55, 209; 63, 373; 69, 93). Dabei ist zu bemerken, daß nach §§ 21 Abs 1, 148 ZVG die Beschlagnahme getrennter land- und forstwirtschaftlicher Erzeugnisse nicht durch Einleitung der Zwangsversteigerung, sondern nur durch Einleitung der Zwangsverwaltung bewirkt wird. — Werden Bestandteile nach der Trennung durch Verarbeitung oder Umbildung derart umgestaltet, daß sie neue Sachen von wirtschaftlicher Selbständigkeit werden (z. B. Bodenbestandteile durch Verarbeitung zu Ziegelsteinen), oder werden sie mit anderen Sachen verbunden oder vermischt, so verlieren sie, wie aus §§ 949, 950 folgt, die Eigenschaft als getrennte Bestandteile und werden daher von der Haftung für die Hypothek frei, sofern sie nicht Zubehörstücke des Grundstücks geworden sind (OLG 14 S. 105 u. 106). — Gleichgültig ist, ob die Trennung schon vor oder erst nach Bestellung der Hypothek geschehen ist. Auch im ersteren Falle muß das Getrennte in die Haftung eintreten, da es ein

„getrennter Bestandteil" ist und § 1120 allgemeinhin bestimmt, daß die Hypothek sich auf getrennte Bestandteile erstreckt (str.; a. M. OLG 11, 122).

3. Aus den Worten **„soweit nicht"** folgt, daß das Vorliegen eines der Fälle, in denen ausnahmsweise (s. A 2) die Hypothek sich auf getrennte Bestandteile nicht erstreckt, von demjenigen zu beweisen ist, der Rechte darauf gründet (vgl. RG JW 1911, 704[2]; OLG 6, 271).

4. Die Fälle, in denen Bestandteile mit der Trennung (s. A 2) nach §§ 954—957 **in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder des Eigenbesitzers** gelangen und daher ausnahmsweise (s. A 2) aus der Haftung für die Hypothek ausscheiden, sind: Erwerb des Eigentums durch denjenigen: der zur Aneignung von Bestandteilen dinglich berechtigt ist (§ 954), z. B. Erbbauberechtigten (§ 1013; VO. v. 15. 1. 19 § 1 Abs. 2), Nießbraucher (§§ 1030, 1039); der das Grundstück zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechts (z. B. eines Nießbrauchs), das tatsächlich nicht zu bestehen braucht, gutgläubig besitzt (§ 955 Abs 2); der auf Grund persönlichen (obligatorischen) Rechtes zur Aneignung von Bestandteilen berechtigt und im Besitze des Grundstücks ist (§§ 956, 957), z. B. Pächter (ist er nicht im Besitz, so bleiben die von ihm getrennten Bestandteile bis zu ihrer Entfernung vom Grundstücke nach § 1121 der Haftung unterworfen). Der Eigentumserwerb des gutgläubigen Eigenbesitzers (§§ 872, 955 Abs 1) dagegen enthält keinen Ausnahmefall; trotz des Erwerbs durch einen solchen anderen als den Eigentümer (§ 953) bleiben nach dem Gesetze, damit der Besitzer nicht günstiger als der Eigentümer stehe (M 3, 656), die getrennten Bestandteile in der Haftung. Streitig ist, ob im Falle eines persönlichen, mit Besitz verbundenen Nutzungsrechts (z. B. Pacht) oder eines dinglichen Nutzungsrechts (z. B. Nießbrauch) die getrennten Bestandteile auch dann von der Haftung frei werden, wenn ersteres Recht später als die Hypothek bestellt ist und letzteres Recht der Hypothek im Range nachsteht. Dies ist entgegen der herrschenden Meinung zu bejahen. Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob das Nutzungsrecht älter oder jünger als die Hypothek ist, und die Bestimmungen über das Erlöschen der Haftung in §§ 1121, 1122, die getroffen worden sind, „um das Interesse des Eigentümers an der pfandfreien Verfügung über die mit dem Grundstücke haftenden Gegenstände zu wahren" (M 3, 661), sprechen dafür, daß der Eigentümer nicht behindert sein soll, auch nach Eintragung einer Hypothek ein Nutzungsrecht mit der Wirkung zu bestellen, daß Bestandteile, insbesondere Erzeugnisse, mit der Trennung frei von der Haftung für die Hypothek in das Eigentum des Nutzungsberechtigten übergehen (vgl. OLG 4, 328; 14, 104). Im Falle der Pacht gilt ferner die Besonderheit, daß nach §§ 21 Abs 3, 146, 148 ZVG das Recht des Pächters auf den Fruchtgenuß von der Beschlagnahme durch Einleitung sowohl der Zwangsversteigerung als auch der Zwangsverwaltung nicht berührt wird und also die Hypothekengläubiger durch eine solche Beschlagnahme den Pächter auch an Gewinnung noch ungetrennter Früchte nicht hindern können (vgl. OLG 13, 202). Nach § 809 ZPO ist ferner eine Mobiliarzwangsvollstreckung auch in getrennte Früchte für sie ausgeschlossen. Ersatz dafür bietet ihnen die Haftung der Pachtzinsen nach §§ 1123 ff.

5. Das **Zubehör** (§§ 97, 98) muß **in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt** sein, wenn es für die Hypothek haften soll. Daher haftet z. B. nicht: das dem Pächter gehörige Inventar (vgl. RG 9, 303); das unter Vorbehalt des Eigentums für den Veräußerer vom Grundstückseigentümer erworbene Zubehör (RG 53, 351; JW 04, 403[3]); das zur Zeit der Bestellung der Hypothek zwar auf dem Grundstück befindliche, aber vom Grundstückseigentümer auf einen anderen gemäß § 930 übertragene Zubehör (das allerdings für die vor der Veräußerung bestellten Hypotheken mangels Entfernung vom Grundstücke gemäß § 1121 Abs 1 haftet; M 3, 656; Prot 3, 549 f.; RG Recht 1918 Nr 82, 863; OLG 26, 139; 30, 102; vgl. SeuffA 66 Nr 13). Der gute Glaube des Hypothekerwerbers hinsichtlich des Eigentums des Grundstückseigentümers ist einflußlos, da § 892 auf Rechte an Zubehörstücken, über die das Grundbuch keine Auskunft gibt, sich nicht bezieht (RG JW 01, 382; OLG 18, 164; SeuffA 66 Nr 13). Auch durch Parteivereinbarung kann fremdes Zubehör der Haftung nicht unterworfen werden, da § 1120 den Umfang der Haftung zwingend begrenzt (RG 63, 371). Vgl. aber über die Rechtslage hinsichtlich fremden Zubehörs im Zwangsversteigerungsverfahren §§ 20, 37 Nr 5, 55 Abs 2 ZVG und RG 38, 222; 42, 245; 49, 253; 63, 373; Gruch 46, 1035; JW 05, 175[17]. Fremdes Zubehör ist hinsichtlich einer nur auf dem Anteil eines Miteigentümers lastenden Hypothek auch das dem anderen Miteigentümer allein gehörige Zubehör, da § 1120 erfordert, daß der Eigentümer des belasteten Gegenstandes Eigentümer des Zubehörs ist (vgl. jedoch RG Gruch 33, 913). Sind die Miteigentümer die einzigen Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft und ruht die Hypothek auf dem ganzen Grundstück, so ist das Zubehör, das zum Gesellschaftsvermögen gehört, mit Rücksicht darauf, daß die Gesellschafter die alleinigen Träger des Gesellschaftsvermögens sind (RG 56 S. 206, 432; 65 S. 23, 230), nicht fremdes Zubehör hinsichtlich der Hypothek (OLG 20, 413). — Da die Schlußworte des § 1120 sich als Ausnahmebestimmung kennzeichnen, hat derjenige, der behauptet, daß Zubehörstücke nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sind, hierfür die Beweislast (RG JW 1911, 707[2]). Wenn jedoch der Ersteher eines Grundstücks

Zubehörstücke, die vor dem Zuschlag von dem Grundstück entfernt worden sind, mit der Behauptung herausverlangt, der ihm erteilte Zuschlag erstrecke sich auf die Gegenstände (§§ 20, 55 ZVG, s. oben), so trifft ihn die Beweislast dafür, daß der Vollstreckungsschuldner der Eigentümer der Zubehörstücke gewesen und daß die Beschlagnahme dieser trotz ihrer Entfernung vom Grundstück wirksam geblieben sei (vgl. § 23 ZVG); denn er stand vor dem Zuschlag zu dem Grundstück in keiner Rechtsbeziehung, und er kann Rechte nur geltend machen, die durch den Zuschlag unmittelbar in seiner Person entstanden sind (RG JW 1911, 707[2]). — Gehören Zubehörstücke dem Grundstückseigentümer, so ist es für die Haftung gleichgültig, ob sie die Zubehöreigenschaft schon vor oder erst nach der Hypothekbestellung erlangt haben; § 1120 macht in dieser Hinsicht keinen Unterschied (str., vgl. RG 53, 352). — Die Mobiliarzwangsvollstreckung in Zubehörstücke ist gemäß § 865 Abs 2 Satz 1 ZPO unzulässig. Die Pfändung ist schlechthin unwirksam und kann in keiner Weise (z. B. auch nicht durch Genehmigung des Schuldners) gültig werden (RG 59, 88; 60, 73; JW 04, 575[10]; Gruch 49, 1067). Die Hypothekengläubiger können dagegen Erinnerung beim Vollstreckungsgericht gemäß § 766 ZPO, sowie Widerspruchsklage aus § 771 ZPO erheben (RG 55, 207; 63, 373; 69, 93; Gruch 56, 800). Dies gilt auch von Bestandteilen, die nach der Trennung Zubehörstücke werden. — Über die Geltendmachung von Rechten seitens der Hypothekengläubiger auf Zubehörstücke, die bei der Zwangsversteigerung von dem Zuschlage ausgeschlossen worden sind, vgl. RG 55, 414; JW 97, 340[48]; 03, 434[10], auch § 1181 A 1.

§ 1121

Erzeugnisse und sonstige Bestandteile des Grundstücks sowie Zubehörstücke werden von der Haftung frei, wenn sie veräußert[1]) und von dem Grundstück entfernt werden[2]), bevor sie zugunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind[3]).

Erfolgt die Veräußerung vor der Entfernung, so kann sich der Erwerber dem Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß er in Ansehung der Hypothek in gutem Glauben gewesen sei[4]). Entfernt der Erwerber die Sache von dem Grundstücke, so ist eine vor der Entfernung erfolgte Beschlagnahme ihm gegenüber nur wirksam, wenn er bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben ist[5]).

E I 1068 II 1030; M 3 661 ff.; P 2 249; 3 556 ff.; 6 247 ff., 284 f.

1. Unter **Veräußerung,** der einen Voraussetzung für das Freiwerden der Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile (s. § 1120 A 2, 4) sowie der Zubehörstücke (s. § 1120 A 5) von der Haftung für die Hypothek, ist Eigentumsübertragung zu verstehen. Der Abschluß eines, sei es auch auf Übereignung gerichteten schuldrechtlichen (obligatorischen) Rechtsgeschäfts (z. B. eines Kaufvertrags) genügt für sich allein nicht. Es muß Einigung über den Eigentumsübergang und Übergabe gemäß §§ 929 ff. erfolgt sein (RG Gruch 61, 32; OLG 26, 151). Daher ist der Eigentumsvorbehalt an wesentlichen Bestandteilen, der nur eine persönliche Verpflichtung zur Duldung der Trennung und Wegnahme begründen kann (RG 63, 416; JW 08, 67[1]; SeuffA 59, 218; 66, 322), nicht eine Veräußerung. — Ferner fällt hierunter nicht rechtsgeschäftliche Belastung (z. B. durch Bestellung eines Pfandrechts, eines Nießbrauchs), da keine Übereignung stattfindet (RG Gruch 31, 432; SeuffA 59, 296; s. auch § 1122 A 5). Desgleichen nicht die Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung, soweit sie überhaupt zulässig ist (s. § 1120 A 2, 5). Die Haftung gepfändeter (getrennter) Bestandteile erlischt daher selbst dann nicht, wenn sie der Gerichtsvollzieher vom Grundstück entfernt; erst die Versteigerung (§§ 935, 936) hebt die Haftung auf (RG 25, 21; Gruch 31, 432; 49, 1048; s. auch § 1122 A 4). Vgl. jedoch § 1208. — Gemeint ist ferner eine die Bestandteile oder Zubehörstücke allein betreffende auf ihre Loslösung vom Grundstücke gerichtete Veräußerung. Daher erlischt im Falle der Veräußerung des Grundstücks nebst Zubehör trotz Entfernung von Zubehörstücken seitens des Erwerbers die Haftung nicht, wenn der Erwerber das Grundstück zwar übergeben, aber nicht aufgelassen erhalten, also das Eigentum nur an dem Zubehör, nicht auch am Grundstück erlangt hat. — Die Veräußerung durch den Konkursverwalter steht nach § 6 KO der durch den Eigentümer gleich. Die Haftung erlischt also, wenn Bestandteile oder Zubehörstücke vor der Beschlagnahme (s. A 3) vom Konkursverwalter veräußert und vom Grundstück entfernt werden (RG 42, 90; 69, 90). Streitig ist, ob der Verwalter den Erlös zur Konkursmasse ziehen darf oder ob die Hypothekengläubiger Anspruch darauf erheben können. Letzteres ist in der Regel zu verneinen, auch dann, wenn die Hypothekengläubiger dem Konkursverwalter gegenüber vor der Entfernung die Gegenstände für sich beansprucht

haben (a. M. RG 42, 87). Die Veräußerung des Verwalters ist auch nicht eine Pfändung im Sinne des § 865 Abs 2 Satz 1 ZPO, so daß sie insbesondere bezüglich Zubehörstücke unzulässig und nichtig wäre (a. M. RG 69, 92; JW 08, 561[27]). Wohl aber kann, wenn die Verfügung des an Stelle des Gemeinschuldners handelnden Verwalters eine hinsichtlich der Benutzung des Grundstücks unwirtschaftliche ist, für die (bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks ausgefallenen) Hypothekengläubiger ein Masseanspruch aus § 59 Nr 1, auch Nr 3 KO, namentlich in Höhe des Erlöses, gegeben sein (vgl. RG 69, 90; JW 08, 561[27]; OLG 37, 212). Vgl. bezüglich der Einziehung von Miet- oder Pachtzinsen durch den Verwalter § 1124 A 4. — Ausnahmsweise erlischt unter den Voraussetzungen des § 1122 Abs 1 die Haftung der in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft getrennten Erzeugnisse oder sonstigen Bestandteile durch Entfernung vom Grundstück auch ohne Veräußerung. Ferner bewirkt nach § 1122 Abs 2 Aufhebung der Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft Erlöschen der Haftung von Zubehörstücken auch ohne Veräußerung (vgl. hierüber § 1122 A 1—5).

2. Nicht schon durch Veräußerung allein (RG JW 05, 175[17]; 1911, 46[35]; SeuffA 74 Nr 120), und auch nicht durch Entfernung vor der Beschlagnahme allein (OLG 26, 151), selbst wenn ihr zwar demnächst auch Veräußerung nachfolgt, aber erst nach der Beschlagnahme (OLG 26, 141), sondern nur beim Zusammentreffen von Veräußerung **und Entfernung** vor der Beschlagnahme erlischt die Haftung (RG Warn 1915 Nr 118; OLG 4, 373; 37, 213). Dann anderseits aber auch, wenn Veräußerung und Entfernung nicht innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erfolgten (SeuffA 59 Nr 82), sowie wenn der Erwerber Kenntnis von der hypothekarischen Belastung hatte (OLG 26, 151). — Entfernung, also Wegschaffung vom Grundstück, ist grundsätzlich etwas anderes als Besitzübergabe, wenn sie auch mit dieser zusammenfallen kann. Besitzübergabe ohne Entfernung genügt nicht. So z. B. erlischt die Haftung von Zubehörstücken nicht schon dadurch allein, daß der Eigentümer sie einem Gläubiger sicherungshalber zum Eigentum überträgt und als Ersatz der Übergabe gemäß § 930 vereinbart wird, der Eigentümer solle die Gegenstände fortan zur Leihe haben (RG Warn 1911 Nr 36). Bei einer den Grundstücken gleichstehenden Abbaugerechtigkeit (s. Vorbem 4 vor § 873), die sich nicht allein auf das unter der Erdoberfläche liegende Kohlenfeld erstreckt, sondern auch alle der Ausbeute der gewonnenen Kohlen und anderen Fossilien dienenden bergbaulichen Anlagen umfaßt (vgl. RG 61, 190), sind letztere, soweit sie Bestandteile (nicht Zubehör) sind, gleichzustellen dem in § 1121 gemeinten, mit der Hypothek belasteten Grundstück. Daher sind Gegenstände, die sich noch innerhalb solcher Anlagen befinden, nicht als „von dem Grundstück entfernt" im Sinne dieser Vorschrift zu erachten, auch wenn sie aus Schächten herausgenommen worden sind (RG Gruch 61, 322). Ferner muß die Entfernung, wie sich aus den Worten „veräußert und entfernt" ergibt, mit der Veräußerung derart im Zusammenhang stehen, daß sie entweder von vornherein oder doch, wenn die Veräußerung erst hinterher vorgenommen wird, im Endergebnis als infolge der Veräußerung geschehen erscheint. Auch muß die Fortschaffung eine dauernde Loslösung des Veräußerten als solchen von dem Grundstück zum Ziele haben. Denn ist etwas zwar veräußert, aber ohne Beziehung auf diese Veräußerung aus anderem Anlaß entfernt, so ist es nicht veräußert und entfernt, und eine Fortschaffung, die nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt, kann nicht als Entfernung mit Rücksicht auf eine Veräußerung angesehen werden (str., RG JW 1911, 46[35]). Daher erlischt die Haftung wohl, wenn die Fortschaffung (z. B. auf einen Markt) zum Zwecke der Veräußerung erfolgt und dann diese nebst Besitzübergabe stattfindet, da auch in diesem Falle Entfernung und Veräußerung zusammentreffen; nicht aber, wenn nach der Veräußerung die Fortschaffung für einen anderen als den Erwerber bewirkt wird (str.). Ferner z. B. nicht, wenn die Fortschaffung in Vollziehung einer einstweiligen Verfügung durch den Gerichtsvollzieher erfolgt zur Verwahrung bis zur Entscheidung über den zwischen dem Eigentümer und einem anderen streitigen Herausgabeanspruch (RG JW 1911, 46[35]). — Ist die Haftung zufolge Veräußerung und Entfernung erloschen, so steht den Hypothekengläubigern auch ein Anrecht auf den Kaufpreis oder den Zwangsversteigerungserlös (s. A 1) nicht zu (RG 25, 21). Jedoch kann den Hypothekengläubigern, namentlich im Falle des sog. kalten Abbrennens des Eigentümers, ein Schadensersatzanspruch gegen die Erwerber von Bestandteilen oder Zubehörstücken unter den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 823ff. zustehen (RG 42, 170; 44, 186; 69, 91; 73, 333; Gruch 48, 380; 55, 664; s. § 1134 A 3).

3. **Vor der Beschlagnahme zugunsten des Gläubigers** müssen Veräußerung und Entfernung stattgefunden haben. Folgen diese der Beschlagnahme erst nach oder wird die Beschlagnahme auch nur in der Zwischenzeit zwischen Veräußerung und Entfernung oder zwischen dieser und der etwa späteren Veräußerung ausgebracht, so erlischt die Haftung nicht. Vgl. jedoch über den Einfluß des guten Glaubens des Erwerbers in den letzteren beiden Fällen Abs 2 Satz 2 und A 5. Die Beschlagnahme, durch die der Hypothekengläubiger sein dingliches Recht an den Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen, sowie an den Zubehörstücken verwirk-

licht, so daß er gegen den Verlust des Rechtes durch Veräußerung und Entfernung nunmehr geschützt ist, wird gemäß §§ 20, 21, 146, 148 ZVG durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung bewirkt, welche die Wirkung eines Veräußerungsverbots zugunsten des betreibenden Gläubigers (§§ 135, 136 BGB) haben (RG 86, 258). Über den Beginn der Wirksamkeit der Beschlagnahme vgl. §§ 22 Abs 1, 150, 151 Abs 1 ZVG; OLG 3, 341. Jedoch hat nach §§ 21 Abs 3, 146 ZVG weder die Zwangsversteigerung noch die Zwangsverwaltung die Beschlagnahme derjenigen Früchte zur Folge, hinsichtlich deren einem Pächter das Recht auf den Fruchtgenuß zusteht. Nach §§ 21 Abs 1, 148 Abs 1 ZVG ferner umfaßt die Beschlagnahme durch Zwangsversteigerung, anders wie die durch Zwangsverwaltung, land- und forstwirtschaftliche Erzeugnisse nur, soweit diese noch mit dem Boden verbunden oder soweit sie Zubehör des Grundstücks sind. Tritt ein Hypothekengläubiger dem bereits eingeleiteten Verfahren bei, so wirkt die Beschlagnahme von der Zustellung des den Beitritt zulassenden Beschlusses ab auch zu seinen Gunsten (§§ 27, 146, 151 Abs 2 ZVG; RG Warn 1915 Nr 118; OLG 9, 139). Andere Hypothekengläubiger dagegen, die weder betreibende noch beitretende Gläubiger sind, können sich auf die Beschlagnahme nicht berufen (RG Warn 1915 Nr 118; SeuffA 59 Nr 69). Da die Beschlagnahme auch diejenigen Zubehörstücke umfaßt, die zwar vom Eigentümer veräußert und an den Erwerber zum Eigentum übertragen, aber noch nicht von dem Grundstück entfernt worden sind, erstreckt sich die Versteigerung nach § 55 Abs 1 ZVG auch auf diese Zubehörstücke und steht dem Erwerber wegen seines Eigentums nicht ein der Versteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 37 Nr 5 ZVG zu. Die Bestimmung im § 55 Abs 2 ZVG, wonach auf Zubehörstücke, die sich im Besitze des Schuldners oder eines neu eingetretenen Eigentümers befinden, sich die Versteigerung auch dann erstreckt, wenn sie einem Dritten gehören, es sei denn, daß dieser sein Recht nach Maßgabe des § 37 Nr 5 ZVG geltend gemacht hat, wonach also der Dritte durch Klage gegen den betreibenden Gläubiger auf Grund seines Eigentums die Einstellung der Zwangsversteigerung in die ihm gehörenden Zubehörstücke herbeiführen kann, bezieht sich nur auf solche Zubehörstücke, die, weil sie zur Zeit der Bestellung der Hypothek für den betreibenden Gläubiger nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt waren, nach § 1120 überhaupt nicht in die Haftung für die Hypothek eingetreten gewesen und daher von der Beschlagnahme in Wirklichkeit nicht umfaßt worden sind (RG Warn 1915 Nr 118). — Auch die Pfändung von Gegenständen, die zur Immobiliarmasse gehören, im Wege der Mobiliarzwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung bewirkt Beschlagnahme im Sinne des § 1121 (vgl. RG 23, 56; 29, 242; 31, 318; 42, 88; 76, 118; 81, 147; 86, 138; JW 95, 78[37]; OLG 10, 420; 26, 141; aber auch OLG 26, 142: im Falle von Miteigentümern, gegen die sämtlich die Pfändung, z. B. von Mietzinsen, erfolgen müßte, nach § 14 KO nicht angängig, wenn einer von ihnen im Konkurse ist). Desgleichen die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung, sofern durch diese ein Veräußerungsverbot oder sonstige zur Sicherung eines Hypothekengläubigers dienende Anordnungen erlassen sind (vgl. RG 44, 310; 48, 207; 52, 138; SeuffA 59 Nr 119; Gruch 30, 1185). Eine Pfändung usw. bewirkt jedoch nur dann eine Beschlagnahme, wenn sie wegen des dinglichen Anspruchs des Hypothekengläubigers ausgebracht ist. Hat der Hypothekengläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels, der lediglich seine im Wege der Schuldklage geltend gemachte persönliche (Hypotheken-) Forderung betrifft, Haftungsgegenstände pfänden lassen, so ist eine Beschlagnahme der Gegenstände für ihn als Hypothekengläubiger im Sinne des § 1121 nicht erfolgt (RG 52, 138; 76, 116; 81, 147; 86, 138; OLG 14, 110; 26, 142). Übrigens darf auch ein Hypothekengläubiger Zubehörstücke nicht pfänden lassen (§ 865 Abs 2 Satz 1 ZPO). — Die Beschlagnahme hat, soweit nicht die Wirkung des guten Glaubens des Erwerbers hinsichtlich der Beschlagnahme Platz greift (s. A 5), zur Folge, daß eine Veräußerung oder Entfernung, auch eine Entfernung im Sinne des § 1122 Abs 1, sowie eine Aufhebung der Zubehöreigenschaft im Sinne des § 1122 Abs 2 dem die Beschlagnahme ausbringenden Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist. Der Hypothekengläubiger hat einen Anspruch auf Rückschaffung der weggebrachten Gegenstände (RG 70, 378; im Falle der Zwangsverwaltung kann auch der Zwangsverwalter nach §§ 148, 152 ZVG die Rückschaffung verfolgen, SeuffA 74 Nr 120). Jedoch eine nur einzelne (getrennte) Bestandteile betreffende Beschlagnahme (durch Pfändung oder Vollziehung einer einstweiligen Verfügung) gewährt dem Hypothekengläubiger nicht Schutz bezüglich anderer Bestandteile und Zubehörstücke. Ferner kann der Schuldner im Falle der Zwangsversteigerung, nicht auch der Zwangsverwaltung, über einzelne Bestandteile oder Zubehörstücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft auch dem Gläubiger gegenüber noch wirksam verfügen (§§ 23, 148 ZVG). — Die Beschlagnahme kann in der Regel nur ausgebracht werden, wenn die Hypothekenforderung fällig und vollstreckbar ist (§ 16 Abs 1 ZVG). Ausnahmen hiervon ergeben sich aus §§ 1133—1135 (Verschlechterung des Grundstücks oder des Zubehörs). — Vor der Beschlagnahme kann der Hypothekengläubiger, sofern nicht ein Fall der §§ 1134, 1135 vorliegt, der Entfernung von Bestandteilen oder Zubehörstücken nicht widersprechen (OLG 3, 337; SeuffA 63, 66). Wegen der Rechtsbehelfe

gegen eine Pfändung solcher Gegenstände und wegen des Anspruchs auf den Versteigerungserlös vgl. § 1120 A 2.

4. Abs 2 Satz 1 bedeutet: Im Falle einer **Veräußerung vor der Entfernung,** d. i. einer Veräußerung (s. A 1), der noch nicht eine Entfernung (s. A 2) nachgefolgt ist, erlischt die Haftung der veräußerten Sache (Bestandteil oder Zubehör) für die Hypothek nicht schon deswegen, weil **der Erwerber** bei dem Erwerbe **in Ansehung der Hypothek in gutem Glauben ist,** d. h. ihm weder bekannt noch nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist (§ 932 Abs 2), daß die Hypothek an dem Grundstück besteht. Die Vorschrift enthält eine Einschränkung des Grundsatzes des § 936 Abs 1 Satz 1, Abs 2 (Erlöschen der Rechte Dritter zufolge gutgläubigen Eigentumserwerbs) mit Rücksicht darauf, daß die Kenntnis eines eingetragenen Rechtes bei jedem, der im Widerspruch damit erwerben wolle, vorauszusetzen sei (M 3, 662). Auch wenn also der Erwerber in gutem Glauben ist, tritt Erlöschen der Haftung erst mit der Entfernung ein (s. A 2). Bewirkt der Hypothekengläubiger vor der Entfernung die Beschlagnahme, so kann der Erwerber sich nicht auf § 936 berufen und also nicht geltend machen, daß zufolge seines guten Glaubens die Haftung bereits erloschen sei. Gegebenenfalls kann er sich aber auf seinen guten Glauben hinsichtlich der Beschlagnahme nach Abs 2 Satz 2 berufen (s. A 5). — Erfolgt die Veräußerung *nach der Entfernung*, so kommt es auf den guten Glauben überhaupt nicht an. Die Haftung erlischt dann zufolge Zusammentreffens von Entfernung und Veräußerung, auch wenn der Erwerber Kenntnis von der Hypothek hat (s. A 2).

5. Abs 2 Satz 2 bedeutet: Werden Bestandteile oder Zubehörstücke *nach ihrer Veräußerung*, aber **vor der Entfernung beschlagnahmt** und demnächst **von dem Erwerber entfernt,** so ist dem Erwerber gegenüber **die Beschlagnahme nur wirksam,** d. i. die Haftung der Sachen für die Hypothek nur dann nicht erloschen (s. A 2, 3), wenn der Erwerber **bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben ist,** d. h. die Beschlagnahme ihm bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist (§ 932 Abs 2). Die Vorschrift entspricht dem § 135 Abs 1, 2 (Wirksamkeit eines Veräußerungsverbots nur gegenüber einem bösgläubigen Erwerber). Der Hypothekengläubiger, der die Haftung der vor der Beschlagnahme veräußerten und nach der Beschlagnahme entfernten Sache für seine Hypothek geltend macht, muß also die Bösgläubigkeit des Erwerbers hinsichtlich der Beschlagnahme beweisen. Ist jedoch der Versteigerungs- oder der Zwangsverwaltungsvermerk (vor der Entfernung) in das Grundbuch eingetragen, so gilt gemäß §§ 23 Abs 2 Satz 2, 146 ZVG die Beschlagnahme als dem Erwerber bekannt (SeuffA 74 Nr 120). Ferner steht nach §§ 23 Abs 2 Satz 1, 146 ZVG die Kenntnis des Antrags auf Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung der Kenntnis der Beschlagnahme gleich. — Aus der Vorschrift des Abs 2 Satz 2 ist nicht zu folgern, daß die Rechtslage eine andere ist, wenn die *Entfernung vor der Beschlagnahme und die Veräußerung nach dieser* erfolgt. Vielmehr ist auch für diesen Fall anzunehmen, daß die Haftung nur dann nicht erlischt, wenn zur Zeit der Veräußerung die Beschlagnahme (Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung) im Grundbuche vermerkt oder der Erwerber hinsichtlich der Beschlagnahme bösgläubig ist (str., vgl. §§ 135, 136, 892 Abs 1 Satz 2, 932).

§ 1122

Sind die Erzeugnisse oder Bestandteile innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft von dem Grundstücke getrennt worden[1]), so erlischt ihre Haftung auch ohne Veräußerung[2]), wenn sie vor der Beschlagnahme von dem Grundstück entfernt werden[3]), es sei denn, daß die Entfernung zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt[4]).

Zubehörstücke werden ohne Veräußerung von der Haftung frei, wenn die Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor der Beschlagnahme aufgehoben wird[5]).

E I 1068 II 1030; M 3 66 ff.; P 2 249; 3 556 ff.; 6 247 ff., 284 f.

1. Unter **Trennung von Erzeugnissen oder sonstigen Bestandteilen innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft** ist Loslösung vom Grund und Boden zu Zwecken wirtschaftlicher Benutzung des Grundstücks zu verstehen (vgl. SeuffA 58 Nr 78; OLG 8, 417). Wird bei der Trennung ein hinsichtlich der Benutzung des Grundstücks als unwirtschaftlich zu erachtender Zweck verfolgt, so ist die Anwendung des Abs 1 ausgeschlossen. Dies gilt namentlich auch, wenn beabsichtigt wird, die weitere Bewirtschaftung des Grundstücks aufzugeben (RG 69, 88; OLG 34, 213; 36, 178). Desgleichen bei einer den Grundstücken gleichstehenden, selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeit, wenn Bestandteile aus den Schächten deshalb herausgenommen werden, weil die Grube ersoffen ist (RG Gruch 61, 328; OLG 29, 360).

2. Die Bestimmung, daß **auch ohne Veräußerung die Haftung erlischt,** ist eine Ausnahme von § 1121, wonach die Haftung von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen nur zufolge Veräußerung und Entfernung (vor der Beschlagnahme) erlischt. Eine Veräußerung allein ohne Entfernung aber bewirkt Erlöschen der Haftung auch dann nicht, wenn die betreffenden Bestandteile in ordnungsmäßiger Wirtschaftsführung getrennt sind. — Ferner bezieht sich Abs 1 auf Zubehörstücke nicht (s. A 3).

3. Die **Entfernung vor der Beschlagnahme,** die erste Voraussetzung für das Erlöschen der Haftung nach Abs 1, braucht nicht, wie die Trennung (s. A 1), innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft geschehen zu sein. Auch im Falle unwirtschaftlicher Entfernung erlischt die Haftung. Danach könnte es scheinen, als ob die Regel des § 1121 Abs 1 (Veräußerung und Trennung zum Freiwerden erforderlich), namentlich bei landwirtschaftlichen Grundstücken, hinsichtlich der (ordnungsmäßig getrennten) Erzeugnisse oder sonstigen Bestandteile durch § 1122 Abs 1 tatsächlich zur Ausnahme gestaltet werde. Es ist jedoch zu beachten, daß besonders die Erzeugnisse nach der Trennung häufig Zubehörstücke sein werden (vgl. § 98 Nr 2, OLG 14 S. 105, 106) und daß die Haftung dieser durch Entfernung allein ohne Veräußerung nach § 1121 Abs 1 nicht erlischt (s. A 2). — Über den Begriff Entfernung s. § 1121 A 2. Auch Fortschaffung auf ein anderes selbständiges Grundstück des nämlichen Eigentümers ist Entfernung (vgl. jedoch **RG** Recht 1919 Nr 1107).

4. Die zweite Voraussetzung für das Erlöschen der Haftung, daß die Entfernung **nicht zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt,** ist gegeben, wenn nach den gegenwärtig obwaltenden Verhältnissen eine Rückschaffung auf das Grundstück nicht mehr in Aussicht steht (vgl. **RG** 47, 202). Eine Entfernung zum Zwecke der Pfandbestellung oder zum Zwecke der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung erfüllt diese Voraussetzung nicht. Die herrschende Meinung nimmt dies zwar bezüglich der Pfandbestellung ebenfalls an, nicht aber bezüglich der Pfändung. Jedoch nicht nur bei jener, sondern auch bei dieser wird kein dauernder Zustand geschaffen, vielmehr noch immer mit der Möglichkeit der Rückschaffung gerechnet (vgl. **RG** JW 1911, 46[35]). Erst mit dem Pfandverkauf bzw. der Versteigerung erlischt daher gemäß der Regel des § 1121 Abs 1 die Haftung der (ordnungsmäßig getrennten) Bestandteile.

5. **Aufhebung der Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft** (s. A 1), z. B.: wenn bei einem Landgute das zum Wirtschaftsbetriebe bestimmte ältere Vieh (§ 98 Nr 2) durch neues ersetzt und zum Verkauf gestellt, wenn Dünger auf ein anderes mit der Hypothek des Gläubigers nicht belastetes Grundstück des nämlichen Eigentümers gebracht wird. Die Haftung erlischt hiermit gemäß Abs 2 **auch ohne Veräußerung.** Soweit eine Aufhebung der Zubehöreigenschaft ohne Entfernung stattfinden kann, ist diese zum Erlöschen der Haftung ebenfalls nicht erforderlich (vgl. § 97 A 13). — Dagegen wird durch Veräußerung allein ohne eine Aufhebung der Zubehöreigenschaft im Sinne des Abs 2, auch wenn sie innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erfolgt, nicht Freiwerden von der Haftung bewirkt (**RG** JW 05, 175[17]; SeuffA 58 Nr 78; a. M. OLG 8, 417). Nach der Regel des § 1121 Abs 1 muß vielmehr Entfernung hinzukommen (vgl. hierüber § 1121 A 1, 2). Durch Verpfändung und Entfernung vom Grundstück wird wegen des vorübergehenden Zweckes (s. A 4) die Zubehöreigenschaft gemäß § 97 Abs 2 Satz 2 nicht aufgehoben, so daß die Haftung dadurch nicht erlischt (s. § 1121 A 1). Pfändung von Zubehör ist nach § 865 Abs 2 Satz 1 ZPO überhaupt unzulässig und wirkungslos (**RG** 59, 88; 60, 73; Gruch 49, 1067). — Eine Aufhebung der Zubehöreigenschaft „innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft" kann nicht in Frage kommen, wenn die wirtschaftliche Benutzung des Grundstücks überhaupt aufgegeben wird (**RG** 69, 88; Gruch 61, 323; vgl. A 1). Auch erlischt die Haftung nicht dadurch allein, daß die Benutzung der betreffenden Gegenstände als Zubehör (z. B. bei einer selbständigen Kohlenabbaugerechtigkeit wegen Ersaufens der Grube) nachträglich unmöglich wird (**RG** 47, 202; Gruch 61, 323; OLG 29, 359).

§ 1123

Ist das Grundstück vermietet oder verpachtet, so erstreckt sich die Hypothek auf die Miet- oder Pachtzinsforderung[1]).

Soweit die Forderung fällig ist, wird sie mit dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritte der Fälligkeit von der Haftung frei, wenn nicht vorher die Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt[2]). Ist der Miet- oder Pachtzins im voraus zu entrichten, so erstreckt sich die Befreiung nicht auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende Kalendervierteljahr; erfolgt die Beschlagnahme innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs, so erstreckt

sich die Befreiung auch auf den Miet- oder Pachtzins für das folgende Kalendervierteljahr[3]).

E I 1067, 1069 II 1031; M 3 651, 657 ff., 664; P 3 549 f., 553 ff., 556, 560 ff.

1. Der gesetzgeberische Grund für die **Haftung der Miet- oder Pachtzinsforderungen** ist, daß diese an die Stelle der dem Zugriffe der Hypothekengläubiger durch die Vermietung oder Verpachtung entzogenen (vgl. § 21 Abs 3 ZVG) Früchte oder Nutzungen treten sollen (M 3, 658; OLG 13, 202). Vgl. §§ 57, 57a, b, 152 ZVG (Miet- oder Pachtverhältnisse werden durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung nicht aufgehoben). — Die Haftung beginnt, wie bei den Früchten (§ 1120), mit der Hypothekeintragung, nicht erst mit der Beschlagnahme. Sie umfaßt grundsätzlich nicht nur die Zinsbeträge, die für die Zeit nach der Hypothekeintragung aus vorher abgeschlossenen Verträgen zu entrichten sind, sondern wie bei den Früchten und, da Abs 1 ganz allgemein lautet, auch die rückständigen Zinsbeträge für die Zeit vorher (str.) und ferner die durch spätere Miet- oder Pachtverträge begründeten Zinsforderungen (RG 68, 13; 81, 150). Einschränkungen dieses Grundsatzes ergeben §§ 1123 Abs 2, 1124, 1125. Danach hat das dingliche Recht des Hypothekengläubigers an dem Miet- oder Pachtzins nicht eine die Befreiung von der Haftung oder Verfügungen des Eigentümers schlechthin verhindernde Wirkung (wie das Pfandrecht, das der § 1128 für die Haftung der Forderung gegen den Versicherer vorsieht). Vielmehr muß der Hypothekengläubiger sein dingliches Recht an der Miet- oder Pachtzinsforderung durch Beschlagnahme geltend machen. Solange die Forderung nicht zugunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen worden ist, kann die Forderung nach Maßgabe des § 1123 Abs 2 von der Haftung frei werden und kann der Eigentümer über sie verfügen. Auch im Falle der Beschlagnahme bleibt eine vor der Beschlagnahme vorgenommene Verfügung des Eigentümers dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam, soweit sie sich nicht auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als die im § 1124 Abs 2 bezeichnete bezieht. — Ob der Zins in Geld oder in anderen Leistungen zu entrichten ist, macht bezüglich der Haftung keinen Unterschied. Ebensowenig, ob der Eigentümer oder der Eigenbesitzer oder ein dem Hypothekengläubiger im Range nachstehender Nießbraucher vermietet oder verpachtet hat (RG 68, 13; 81, 149). Ein solcher Nießbraucher kann auch, wiewohl nach §§ 1030, 99 Abs 3 ihm die Mietzinsen zustehen (RG 68, 10; 80, 316; 81, 149), gegen die Pfändung (und damit Beschlagnahme, wenn die Pfändung auf Grund dinglichen Schuldtitels erfolgt, s. A 2) der (nicht etwa gemäß § 1123 Abs 2 von der Haftung frei gewordenen) Mietzinsen durch den im Range vorgehenden Hypothekengläubiger nicht Widerspruchsklage nach § 771 ZPO erheben. Vgl. hierüber § 1124 A 5. Dagegen wird durch einen im Range vorgehenden (älteren) Nießbrauch das Recht des nachstehenden Hypothekengläubigers auf die Mietzinsen ausgeschlossen (OLG 15, 366).

2. Erfolgt die **Beschlagnahme** (über die Bedeutung der Beschlagnahme für die Wirkung des dinglichen Rechtes des Hypothekengläubigers an der Miet- oder Pachtzinsforderung s. A 1) nicht **innerhalb eines Jahres seit der Fälligkeit** der Zinsforderung, so wird diese frei. Die nach Ablauf eines Jahres seit der Fälligkeit erfolgende Beschlagnahme des rückständigen Zinses ist unwirksam. Jedoch enthält Abs 2 Satz 2 eine Einschränkung dieser Regel für den Fall, daß der Zins im voraus zu entrichten ist. — Über den Vollzug der Beschlagnahme vgl. § 1121 A 3. Hier ist aber zu bemerken, daß die Einleitung der Zwangsversteigerung nach § 21 Abs 2 ZVG nicht Beschlagnahme der Miet- oder Pachtzinsforderungen bewirkt (vgl. RG 64, 418; 76, 118; 81, 147; JW 1913, 55[47]), und daß die Beschlagnahme durch Einleitung der Zwangsverwaltung gemäß §§ 146, 148 ZVG dem Drittschuldner (der Zinsforderungen) gegenüber erst nach Maßgabe des § 22 Abs 2 ZVG (Kenntnis oder Zustellung des Zahlungsverbots) wirksam wird (vgl. RG 64, 416). Im übrigen kann die Beschlagnahme auch hier durch Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Vollziehung eines Arrestes (§§ 829, 845, 930 ZPO; RG 76, 117; 81, 148; Warn 1916 Nr 171; OLG 7, 38; 14, 109; 18, 165; a. M. 18, 169) für den Hypothekengläubiger sowie durch Vollziehung einer nach Maßgabe des § 935 ZPO (Gefahr der Einziehung oder sonstigen Verfügung) erlassenen einstweiligen Verfügung bewirkt werden (RG 52, 138; OLG 23, 235; a. M. 3, 180), vorausgesetzt, daß die Pfändung usw. (nicht lediglich wegen der der Hypothek zugrunde liegenden persönlichen Forderung, sondern) wegen des dinglichen Anspruchs aus der Hypothek (auf Grund dinglichen Schuldtitels) erfolgt (RG 52, 138; 76, 116; 81, 147; Warn 1916 Nr 171; OLG 29, 245). Ist über das Vermögen des Eigentümers der Konkurs eröffnet, so ist zwar Pfändung und Arrestvollziehung in Mietzinsforderungen wegen der etwa gegen den Gemeinschuldner bestehenden persönlichen Hypothekenforderung nach §§ 14, 15 KO nicht zulässig, wohl aber kann der Hypothekengläubiger, da ihm wegen des dinglichen Hypothekenrechts ein Absonderungsrecht zusteht (§ 47 KO) und die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren erfolgt (§ 4 Abs 2 KO), auf Grund vollstreckbaren Schuldtitels wegen dinglicher Ansprüche aus seiner Hypothek auch dann Beschlagnahme gegenüber dem Konkursverwalter ausbringen, und zwar nicht nur durch Zwangsverwaltung im Wege der Zwangs-

vollstreckung oder Vollziehung einer einstweiligen Verfügung (RG 52, 140; OLG 10, 419; 15, 285), sondern auch durch Pfändung von Mietzinsforderungen (OLG 29 S. 245, 246; a. M. OLG. 10, 419; 15, 285; anscheinend auch RG 52, 139). Abtretung von Mietzinsforderungen an einen Hypothekengläubiger hat nicht die Bedeutung der Beschlagnahme (RG 76, 119). — Wenn das Grundstück zwangsversteigert wird, gebühren die Zinsforderungen gemäß § 56 ZVG von dem Zuschlag an dem Ersteher, so daß sie von ausgefallenen früheren Hypothekengläubigern nicht mehr in Anspruch genommen werden können. Laufende Zinsforderungen werden zwischen Ersteher und Schuldner nach dem Verhältnis der Dauer ihrer Berechtigung gemäß § 101 Nr 2 verteilt. Nur auf den Anteil des Schuldners können die genannten Gläubiger Anspruch erheben (vgl. RG 64, 419; 86, 365). Ist zugleich das Zwangsverwaltungsverfahren eingeleitet, so darf der Versteigerungsrichter nicht etwa die in der Zwangsverwaltungsmasse befindlichen Mietzinsforderungen zur Zwangsversteigerungsmasse ziehen und sie den Hypothekengläubigern zuweisen. Vielmehr ist es nach § 155 ZVG Sache des Zwangsverwalters, die Mietzinsforderungen, soweit sich die Hypothek auf sie erstreckt, geltend zu machen und auf die im § 10 Ziff 1—5 ZVG bezeichneten Ansprüche zu verteilen. Hypothekengläubiger als Gläubiger der vierten Klasse sind hierbei gemäß § 10 Ziff 4 ZVG nur insoweit, als laufende Beträge wiederkehrender Leistungen zu berichtigen sind, zu berücksichtigen; nicht auch wegen ihrer Kapitalforderungen, es sei denn, daß sie betreibende Gläubiger sind und deshalb nach § 10 Ziff 5 ZVG auch mit der Kapitalforderung zur Hebung gelangen. Etwaige Überschüsse der (nach Befriedigung des betreibenden Gläubigers) aufzuhebenden Zwangsverwaltung sind an den Schuldner auszuzahlen und können von seinen Gläubigern, auch von den Hypothekengläubigern, die nicht betreibende Gläubiger sind, nur im Wege der Mobiliarpfändung in Anspruch genommen werden (RG JW 1913, 55[47]).

3. Abs 2 Satz 2 bedeutet: Ist entgegen der Regel der §§ 551, 584 zufolge besonderer Vereinbarung **der Miet- oder Pachtzins im voraus zu entrichten**, so kann der Mieter oder Pächter, wenn er mit dem Zins, der für einen über ein Jahr hinausgehenden Zeitraum im voraus zu entrichten war, ein Jahr lang im Rückstande ist und erst nach Ablauf des Jahres die Beschlagnahme erfolgt, sich für die **Befreiung von der Haftung nicht** auf Abs 2 Satz 1 bezüglich des Zinses für eine bestimmte Zeit berufen. Nach der früheren Fassung des Gesetzes war dies der Zins „für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr". Danach haftete, wenn z. B. der Mieter oder Pächter den Zins am 1. Januar 1913 für 2 Jahre im voraus hätte zahlen sollen, die Beschlagnahme darauf erst am 1. Mai 1914 erfolgte, ohne daß bisher Zahlung geleistet war, dem Hypothekengläubiger zwar gemäß Abs 2 Satz 1 nicht der Zins für die Zeit bis zum 1. Oktober 1914, wohl aber gemäß dem bisherigen Abs 2 Satz 2 der Zins für die spätere Zeit bis zum 1. Januar 1915. Durch Art 2 Ges zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen v. 8. 6. 15 hat Abs 2 Satz 2 die jetzige Fassung erhalten, wonach die Befreiung sich nicht erstreckt auf den Zins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende Kalendervierteljahr, es sei denn, daß die Beschlagnahme innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs erfolgt, in welchem Falle die Befreiung sich auch noch auf den Zins für das folgende Kalendervierteljahr erstreckt. Danach würde, wenn dieses Gesetz in den in dem Beispiel gewählten Zeiträumen bereits in Kraft gewesen wäre, dem Hypothekengläubiger nur noch der Zins für die Zeit bis zum 1. Juli 1914 nicht haften. „Innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs" bedeutet nach § 189 Abs 1 „innerhalb der letzten fünfzehn Tage eines Kalendervierteljahrs", also im März und Dezember die Tage vom 17. bis zum 31., im Juni und September die Tage vom 16. bis zum 30. Es würde daher nach jenem Beispiel, wenn die Beschlagnahme z. B. am 16. oder 30. Juni 1914 erfolgt wäre, wie nach der bisherigen Gesetzesfassung dem Hypothekengläubiger der Zins für die Zeit bis zum 1. Oktober 1914 nicht haften. Das Gesetz ist am 20. 6. 15 in Kraft getreten (Art 6). Übrigens führt § 1124 Abs 2, auch wenn vor der Beschlagnahme der Zins bezahlt oder in anderer Weise über ihn verfügt ist, zu dem nämlichen Ziel (s. § 1124 A 7). Aus § 1123 Abs 2 Satz 2, 1124 Abs 2 ergibt sich daher der Grundsatz, daß dem Hypothekengläubiger der Zins für die genannten, der Beschlagnahme nachfolgenden Zeiten unter allen Umständen haften soll (M 3, 664; Prot 3, 562).

§ 1124

Wird der Miet- oder Pachtzins eingezogen[1]), bevor er zugunsten des Hypothekengläubigers in Beschlag genommen worden ist, oder wird vor der Beschlagnahme[2]) in anderer Weise über ihn verfügt[3]), so ist die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam[4]). Besteht die Verfügung in

der Übertragung der Forderung auf einen Dritten, so erlischt die Haftung der Forderung[5]); erlangt ein Dritter ein Recht an der Forderung, so geht es der Hypothek im Range vor[6]).

Die Verfügung ist dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam, soweit sie sich auf den Miet- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende Kalendervierteljahr bezieht; erfolgt die Beschlagnahme innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs, so ist die Verfügung jedoch insoweit wirksam, als sie sich auf den Miet- oder Pachtzins fur das folgende Kalendervierteljahr bezieht[7]).

Der Übertragung der Forderung auf einen Dritten steht es gleich, wenn das Grundstück ohne die Forderung veräußert wird[5]).

E I 1069 II 1032; M 3 663 f.; P 3 560 ff.

1. Unter **Einziehung** ist nicht nur Erfordern und Annahme der Zahlung zu verstehen, sondern auch Aufrechnung seitens des Vermieters oder Verpächters, sowie Annahme einer Hingabe an Zahlungs Statt auf die Zinsforderung. Ferner Hinterlegung des Zinsbetrags durch den Mieter oder Pächter unter Ausschließung des Rechtes zur Zurücknahme gemäß §§ 372, 376, sowie Aufrechnung seitens des Mieters oder Pächters, da dies nach § 378 bzw. § 389 kraft Gesetzes die gleiche Wirkung hat wie die Annahme der Zahlung durch den Vermieter oder Verpächter (vgl. § 1125; aber wegen der Hinterlegung auch A 4).

2. Die Einziehung der Zinsforderung oder die sonstige Verfügung darüber ist dem Hypothekengläubiger gegenüber nur dann wirksam, wenn sie **vor der Beschlagnahme zugunsten des Gläubigers** (über die Bedeutung der Beschlagnahme für die Wirkung des dinglichen Rechtes des Hypothekengläubigers an der Miet- und Pachtzinsforderung vgl. § 1123 A 1) erfolgt. Nach der Beschlagnahme ist sie gegenüber dem Gläubiger ohne Wirkung. Die Haftung der Forderung für seine Hypothek bleibt bestehen, insbesondere gilt im Falle der Einziehung ihm gegenüber die Forderung als noch ungetilgt. — Auf welche Weise die Beschlagnahme der Miet- oder Pachtzinsen durch einen Hypothekengläubiger bewirkt werden kann, darüber vgl. § 1123 A 2, § 1121 A 3. Hervorzuheben ist besonders, daß die Beschlagnahme auch dadurch erfolgen kann, daß der Hypothekengläubiger auf Grund dinglichen (mangelfreien, **RG** Warn 1917 Nr 292) Vollstreckungstitels gegen den Grundstückseigentümer dessen Mietzinsforderungen gemäß §§ 828, 829 ZPO pfänden läßt (**RG** 81, 147; 86, 138; 88, 101; Gruch 58, 1032; OLG 26, 144). Über Beschlagnahme im Falle eines an dem Grundstück bestellten Nießbrauchs vgl. A 5. War die (z. B. durch Anordnung der Zwangsverwaltung) erfolgte Beschlagnahme zur Zeit der Verfügung über Miet- und Pachtzinsen bereits auf Beschwerde durch vollstreckbare Entscheidung des Beschwerdegerichts wieder aufgehoben, so ist die Verfügung auch dann wirksam, wenn auf weitere Beschwerde die Entscheidung des Beschwerdegerichts aufgehoben und die Beschwerde gegen die erstinstanzliche Anordnung der Beschlagnahme zurückgewiesen wird, es sei denn, daß vor der Verfügung die Vollziehung der Entscheidung des Beschwerdegerichts gemäß § 572 Abs 2, 3 ZPO ausgesetzt worden war (**RG** 84, 200). — Zahlt der Mieter oder Pächter im Falle der Zwangsverwaltung zwar nach der Beschlagnahme, aber vor Kenntnis dieser oder vor Zustellung des Zahlungsverbots, so wird er befreit, da die Beschlagnahme vorher gegen ihn nicht wirksam ist (s. § 1123 A 2). Ferner sind nach § 1123 Abs 2 Satz 1 mehr als einjährige Rückstände von der Haftung frei, so daß sie von der Beschlagnahme nicht betroffen werden (§§ 20 Abs 2, 146, 148 ZVG) und daher der Mieter oder Pächter durch Zahlung befreit wird, auch wenn er die Beschlagnahme kennt (vgl. **RG** 81, 147).

3. Eine **andere Verfügung** als Einziehung ist z. B. Übertragung, Erlaß seitens des Vermieters. Auch Aufrechnung der Mietzinsforderung mit einer Forderung des Mieters gegen den Vermieter durch Aufrechnungsvertrag, der nicht (vgl. **RG** 72, 378) wie die einseitige Aufrechnung (§ 387) Fälligkeit erfordert (OLG 34, 208). Ferner Belastung der Forderung, z. B. durch Verpfändung. Weiter stehen den rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Vermieters die Verfügungen gleich, die gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung durch Pfändung und Überweisung (§§ 804, 829, 835, 836 ZPO) bewirkt werden (**RG** 29, 240; 58, 185; 59, 184; 64, 418; 76, 118; 80, 316; 93, 124; Gruch 59, 1063; Warn 1915 Nr 62; 1916 Nr 171; OLG 4, 229; 7, 24 ff.; 8, 208; 10, 122; 26, 143), oder durch Einleitung der Zwangsverwaltung, sei es auch für einen persönlichen Gläubiger (vgl. §§ 21 Abs 2, 148 Abs 1, 155 Abs 2, 10 Nr 1, 4 ZVG). Desgleichen im Falle des Konkurses des Vermieters gemäß § 6 Abs 2 KO die Verfügungen des Konkursverwalters (**RG** 23, 59; 52, 140; 64, 32; JW 03 Beil 101). Wegen der Bestellung eines Nießbrauchs s. A 5.

4. Da vor der Beschlagnahme **die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam** ist, so wird das hypothekarische Recht an der Mietzinsforderung, wenn und soweit

diese durch die Verfügung aufgehoben oder beschränkt wird, ebenfalls beseitigt oder eingeschränkt. Wird z. B. die Zinsforderung mit dem Rechte eines Dritten belastet, das diesen zur Einziehung der Forderung berechtigt, wie rechtsgeschäftliches Pfandrecht, Pfändungspfandrecht (vgl. §§ 1282 BGB, 804, 829 ZPO), so wird zwar dadurch die Forderung von der Haftung noch nicht frei, aber das Recht geht der Hypothek im Range vor (s. A 6), und wenn der Dritte die Forderung einzieht, so erlischt die Haftung. — Zieht der **Konkursverwalter** (s. A 3) Miet- oder Pachtzinsen vor der Beschlagnahme ein, so haben die Hypothekengläubiger keinen Anspruch auf den eingezogenen Betrag, vielmehr fließt dieser zur Konkursmasse des Vermieters, da die Zinsforderung durch die rechtmäßige Einziehung getilgt und daher das dingliche Recht der Hypothekengläubiger daran erloschen ist (RG 23, 59; 52, 140; 64, 82; JW 95, 506[12]; 08 Beil 101). Ein bloßer Widerspruch gegen die Einziehung oder die Beanspruchung der Zinsbeträge gegenüber dem Verwalter nützt dem Hypothekengläubiger nichts (str.). Er muß die Beschlagnahme durch Einleitung der Zwangsverwaltung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der einstweiligen Verfügung (s. § 1123 A 2) ausbringen, wenn er gegen Einziehung durch den Verwalter gesichert sein will (RG 52, 140; auch JW 95, 506[12]). — Das (insbesondere im Falle der Einziehung) Empfangene tritt nicht in die Haftung ein. Jedoch ist im Falle der **Hinterlegung** (s. A 1) auch der Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle als Anspruch aus dem Mietverhältnis zu erachten, so daß die Haftung sich an ihm fortsetzt, ebenso wie ein rechtsgeschäftliches oder durch Pfändung erlangtes Pfandrecht (vgl. §§ 1281, 1287; RG 49, 359; 74, 108). Daher ist, wenn über das Vermögen des Grundstückseigentümers der Konkurs eröffnet wird, der Konkursverwalter nicht berechtigt, über das hinterlegte Geld zu verfügen und es den Hypothekengläubigern, die ihr Absonderungsrecht daran geltend machen, zu entziehen (RG 74, 109). — Aus der Bestimmung, daß die Verfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber vor der Beschlagnahme wirksam ist, folgt nur, daß der Eigentümer bis zur Beschlagnahme über die Mietzinsforderungen trotz der bestehenden Haftung für die Hypothek (des Bestehens des Pfandrechts) so verfügen darf wie andere Schuldner über ihr pfandfreies Vermögen. Sowenig aber andere Schuldner über ihr Vermögen zum Zwecke der Benachteiligung ihrer Gläubiger verfügen dürfen, ebensowenig darf das der Hypothekenschuldner bezüglich der Mietzinsforderungen. Liegen bei der Verfügung des Eigentümers die Voraussetzungen der **Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz** vor, so hat der Hypothekengläubiger nach § 7 AnfG gegen den durch die Verfügung Erwerbenden (z. B. den Zessionar) einen Anspruch auf Rückgewähr, der, da das erloschene Pfandrecht nicht wiederhergestellt werden kann, darauf gerichtet werden kann, daß der Hypothekengläubiger aus den ihm in anfechtbarer Weise entzogenen ehemaligen Pfandgegenständen seine Befriedigung zu suchen berechtigt sei (RG Gruch 57, 1005; OLG 26 S. 128, 145). Vgl. aber darüber, daß die Bestellung des Nießbrauchs am Grundstücke keine Verfügung im Sinne des § 1124 ist, A 5, und darüber, daß sie von persönlichen Gläubigern des Eigentümers nicht angefochten werden kann, wenn nach Deckung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und der laufenden Hypothekenzinsen kein Überschuß aus den Einnahmen, insbesondere den Mietzinsen, verbleibt, RG Gruch 44, 962; 51, 1110; Warn 1911 Nr 354; 1912 Nr 469; 1914 Nr 354; 1917 Nr 18.

5. Der rechtsgeschäftlichen **Übertragung an einen Dritten,** wodurch die **Haftung der Zinsforderung erlischt,** steht gleich die Überweisung an Zahlungs Statt im Wege der Zwangsvollstreckung (§§ 835, 836 ZPO; s. A 3). Ferner nach Abs 3 im Falle der Veräußerung des Grundstücks Vorbehalt der Zinsforderung für den Veräußernden. — Streitig ist, ob die Bestellung eines **Nießbrauchs am Grundstück** hierunter fällt, ob also bereits durch die Bestellung des Nießbrauchs die Haftung der nunmehr dem Nießbraucher zustehenden Miet- oder Pachtzinsen erlischt. Dies ist zu verneinen. Die Bestellung des Nießbrauchs enthält nicht eine rechtsgeschäftliche Übertragung der einzelnen Zinsforderungen, vielmehr entstehen diese, wie sich aus §§ 577, 571 Abs 1 ergibt, bezüglich der Zeit nach der Belastung des Grundstücks mit dem Nießbrauch neu in der Person des Nießbrauchers (RG 68, 13; vgl. 80, 316; 81, 149; Gruch 58, 1032). Auch ist die Nießbrauchsbestellung, wie aus letzterem folgt, überhaupt keine Verfügung über die Zinsforderungen im Sinne des Abs 1 Satz 1, sondern nur eine Verfügung über das Grundstück selbst (RG 68, 10; 81, 149; 88, 101; Gruch 58, 1032; 59, 1062; Warn 1915 Nr 62; 1916 Nr 171; SeuffA 61 Nr 9; OLG 14, 130; a. M. OLG 4, 328). Deshalb erlangt dadurch der Nießbraucher nicht etwa gemäß Abs 1 Satz 2 Halbs 2 ein Recht an den Zinsforderungen, das den (sei es auch früher bestellten) Hypotheken im Range vorgeht. Vielmehr bestimmt sich das Rangverhältnis zwischen dem Nießbrauch und den Hypotheken nach § 879, insbesondere dahin, daß das unter Angabe eines früheren Tages im Grundbuch eingetragene Recht den Vorrang hat (RG 81, 150; 88, 101; Gruch 58, 1032; 59, 1062; vgl. § 1123 A 1). Erst wenn der Nießbraucher die Zinsforderungen einzieht (s. A 4) oder in anderer Weise darüber verfügt, insbesondere sie an einen Dritten überträgt (Abs 1 Satz 2 Halbs 1), erlischt die Haftung dieser für die Hypothek (s. RG 68, 13; auch 93, 124). Anderseits tritt der Nießbraucher nach §§ 1030, 99 Abs 3 mit der Bestellung des Nießbrauchs in die, wenn auch noch betagten, Mietzinsforderungen kraft eigenen Rechtes dergestalt als Berechtigter ein, daß sie als aus dem Ver-

mögen des Eigentümers ausgeschieden zu gelten haben (RG 80, 316; 81, 149; 86, 138; 93, 123). Deshalb ist eine (rechtsgeschäftliche) „Übertragung der, wenn auch betagten, Mietzinsforderungen durch den Eigentümer an den Nießbraucher nichtig, weil dieser seine eigenen Forderungen nicht nochmals erwerben kann (RG 80, 316; 86, 138). Dagegen ist es zulässig, daß der Nießbraucher, wenn er gegen den Grundstückseigentümer eine vollstreckbare Forderung hat, Mietzinsen, wiewohl sie ihm zustehen, für sich pfänden läßt; denn er schützt sich dadurch noch besonders gegenüber anderen Gläubigern des Grundstückseigentümers (RG 86, 135; Warn 1916 Nr 170). Dies ist namentlich von Bedeutung, wenn ein (anderer) Hypothekengläubiger die Beschlagnahme ausbringt. Erfolgt die Beschlagnahme durch Pfändung der Mietzinsen (s. A 2), so ist nur erforderlich, daß die Pfändung gegen den Grundstückseigentümer auf Grund eines gegen diesen gerichteten dinglichen Schuldtitels bewirkt wird; denn es wird dadurch in gesetzmäßiger Weise der Wille des Hypothekengläubigers gegenüber dem Hypothekenschuldner zum Ausdruck gebracht, die Mietzinsen endgültig zur Deckung der Hypothekenforderung in Anspruch zu nehmen und dem Hypothekenschuldner die Verfügung darüber zu entziehen (vgl. RG 81, 147; 88, 101; Gruch 60, 862 [Warn 1916 Nr 170]). Nicht ist zur Beschlagnahme erforderlich, daß der Hypothekengläubiger auch einen Schuldtitel auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Nießbraucher erlangt hat und daß die Pfändung auch gegen den Nießbraucher bewirkt wird; denn die Beschlagnahme kann begrifflich nur gegen den Hypothekenschuldner ausgebracht werden, und der Nießbraucher am Grundstück ist nicht Hypothekenschuldner (str.; vgl. RG Gruch 58, 1033; 59, 1063; 60, 863; a. M. RG 93, 124). Auch zur Pfändung ist an sich nicht erforderlich, daß sie außer gegen den Grundstückseigentümer auch gegen den Nießbraucher an dem Grundstück vorgenommen wird. Die Bestimmung in § 737 ZPO, wonach die Zwangsvollstreckung in die dem Nießbrauch unterliegenden Gegenstände ohne Rücksicht auf den Nießbrauch zulässig ist, wenn der Besteller zur Leistung und der Nießbraucher zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist, bezieht sich nur auf den Nießbrauch an einem Vermögen und beruht auf der Vorschrift des § 1086 BGB, wonach wegen Forderungen, die gegen den Besteller des Nießbrauchs an einem Vermögen vor der Bestellung entstanden sind, die Gläubiger ohne Rücksicht auf den Nießbrauch Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen können (str.; vgl. RG 81, 151; Gruch 58, 1033; 59, 1063; 60, 862; a. M. RG 93, 124). Übrigens könnte der Hypothekengläubiger einen Duldungstitel gegen den Nießbraucher an dem Grundstück nur erlangen, wenn er dem Nießbraucher im Range vorginge und die Mietzinsen noch nicht nach § 1123 Abs 2 oder § 1124 von der Haftung für seine Hypothek frei geworden wären, insbesondere der Nießbraucher noch nicht darüber verfügt (s. oben) hätte. Nun kann allerdings der Nießbraucher die Unzulässigkeit der gegen den Eigentümer gerichteten Pfändung der Mietzinsen mit der Widerspruchsklage aus § 771 ZPO geltend machen, weil ihm die Mietzinsen zustehen (s. oben). Hat aber der pfändende Hypothekengläubiger mit seiner Hypothek den Vorrang vor dem Nießbrauch, so kann er die Widerspruchsklage durch Berufung auf sein besseres Recht zurückschlagen (RG 81, 150; 86, 138; 88, 101: Gruch 58, 1031; Warn 1915 Nr 62, 256; 1916 Nr 171; OLG 26, 142). Sind jedoch auch vom Nießbraucher die Mietzinsen (wiewohl sie ihm zustehen), z. B. auf Grund dinglichen Schuldtitels aus einer für ihn ebenfalls eingetragenen, im Range nachstehenden Hypothek, und zwar schon früher gepfändet, so geht der Nießbraucher jenem Hypothekengläubiger vor, da die Pfändung eine Verfügung enthält (s A 3) und durch diese vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung die gepfändeten Mietzinsen von der Haftung für die Hypothek frei geworden sind (RG Gruch 60, 860). Hat dagegen der Nießbraucher eine Pfändung nicht ausgebracht, so kann er sich nicht darauf berufen, daß auch ihm eine Hypothek zustehe und daß der Nießbrauch zur mehreren Sicherheit der Hypothekenforderung diene, sei es auch, daß seine Hypothek jener Hypothek (des pfändenden Gläubigers) im Range vorgeht. Denn der Nießbrauch ist rechtlich ein besonderes, selbständiges, seine Kraft Dritten gegenüber nur aus seiner Eintragung ziehendes Recht, das an dem Range der Hypothek, zu deren Sicherheit es bestellt ist, nicht teilnimmt, und da die Pfändung jenes Hypothekengläubigers eine Verfügung enthält (s. A 3), unterliegen die gepfändeten Mietzinsen der Haftung für die Hypothek des Nießbrauchers mangels vorheriger Beschlagnahme (die durch die Nießbrauchsbestellung zur Verstärkung der Hypothek nicht ersetzt wird, sondern eine richterliche Anordnung erfordert) für diesen nach § 1124 Abs 1 S 1 nicht mehr (RG Gruch 58, 1033; Warn 1915 Nr 62). Gleiches gilt, wenn der Nießbraucher zwar die nämlichen Mietzinsen auf Grund seiner vorgehenden Hypothek ebenfalls gepfändet hat, aber erst später; denn schon vorher war durch die frühere Pfändung über die Mietzinsen im Sinne des § 1124 verfügt worden (RG Gruch 59, 1064 [Warn 1915 Nr 117]). Jedoch ist im ersten und im dritten Falle in Betracht zu ziehen einmal, daß die Pfändung auf Grund dinglichen Schuldtitels gegen den Eigentümer zugleich eine Beschlagnahme enthält (s. oben), und sodann die Vorschrift des § 1124 Abs 2, sowie daß bei Beschlagnahme durch mehrere Hypothekengläubiger grundsätzlich die des vorgehenden Hypothekengläubigers das Vorrecht gewährt. Danach stehen in beiden Fällen dem früher pfändenden, aber nachstehenden Hypothekengläubiger (im ersten Falle also dem Nieß-

braucher) nur die Mietzinsen für das Kalendervierteljahr, in dem die Beschlagnahme durch den vorgehenden Hypothekengläubiger erfolgt ist, und gegebenenfalls (Beschlagnahme im letzten halben Monat) noch für das folgende Kalendervierteljahr zu, während auf die weiteren Mietzinsen der zwar später pfändende, aber dadurch beschlagnahmende, im Range vorgehende Hypothekengläubiger (im dritten Falle also der Nießbraucher) Anspruch hat (vgl. **RG** Gruch 59, 1061; 60, 860). Über Anfechtbarkeit der Nießbrauchsbestellung nach dem AnfG vgl. **RG** Gruch 51, 1107; Warn 1914 Nr 162. — Auch wenn die Übertragung an einen Hypothekengläubiger selbst erfolgt, erlischt die Haftung für die anderen Hypothekengläubiger, gleichviel, ob diese jenem im Range nachstehen oder vorgehen; das Gesetz macht hinsichtlich der Wirkung der Übertragung keinen Unterschied bezüglich der Person des Dritten (str., OLG. 18, 169; 26, 143; a. M. 18, 165). — Das für die Übertragung etwa geleistete Entgelt haftet den Hypothekengläubigern ebenfalls nicht.

6. Ein Dritter erlangt ein Recht an der Zinsforderung durch eine Verfügung im Sinne von Abs 1 Satz 1, z. B.: wenn ihm vom Vermieter die Zinsforderung verpfändet wird oder wenn er gegen den Vermieter die Forderung für sich pfänden läßt (s. A 3). Ein solches Recht **geht der Hypothek im Range vor,** auch wenn diese bereits vor seiner Erlangung bestand. Jedoch haftet die Forderung mit der aus dem Recht sich ergebenden Beschränkung für die Hypothek weiter. Bringt der Hypothekengläubiger die Beschlagnahme aus, so kann er (falls nicht inzwischen die Zinsforderung eingezogen oder an einen Dritten übertragen ist, s. A 4, 5) den zur Befriedigung des Rechtes nicht erforderlichen Teil der Forderung für sich in Anspruch nehmen (str.). — Über die Wirkung der Bestellung eines Nießbrauchs am Grundstück vgl. A 5.

7. Wurde von einem Hypothekengläubiger die **Beschlagnahme ausgebracht** (s. A 2), so waren nach der früheren Gesetzesfassung **ihm gegenüber Vorausverfügungen** über Zinsforderungen **für eine spätere Zeit als das** zur Zeit der Beschlagnahme „laufende und das folgende Kalendervierteljahr" unwirksam. Wenn z. B. die Beschlagnahme am 1. Mai eines Jahres erfolgt war, hatte der Hypothekengläubiger Anspruch auf die Miet- oder Pachtzinsen für die Zeit vom 1. Oktober desselben Jahres ab, auch wenn sie vorher einem Dritten übertragen, verpfändet, überwiesen waren (s. A 3, 5; **RG** 64, 416). Durch Art 2 des Ges. zur Einschränkung der Verfügungen über Miet- oder Pachtzinsforderungen v. 8. 6. 15 hat Abs 2 die jetzige Fassung erhalten, wonach die Verfügung dem Hypothekengläubiger unwirksam ist, soweit sie sich auf den Zins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme **laufende Kalendervierteljahr** bezieht, es sei denn, daß **die Beschlagnahme innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs** erfolgt, in welchem Falle die Verfügung insoweit wirksam ist, als sie sich auf den Zins **für das folgende Kalendervierteljahr** bezieht. Über die Bedeutung der Worte „innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs" vgl. § 1123 A 3. Danach ist nunmehr im Falle der Beschlagnahme z. B. am 1. Mai eine vorherige Verfügung schon vom 1. Juli ab, im Falle der Beschlagnahme z. B. am 16. oder 30. Juni, eine vorherige Verfügung (erst) vom 1. Oktober desselben Jahres ab dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam. Das Gesetz ist am 20. 6. 15 in Kraft getreten (Art 6). Eine Übergangsbestimmung gibt Art 4. Unter „Verfügung . . , bezieht sich" ist zu verstehen eine Verfügung, die denjenigen Mietzins zum Gegenstande hat, der das Entgelt für die Gewährung des Mietgebrauchs während des betreffenden Kalendervierteljahrs darstellt (**RG** Gruch 59, 1063). Falls die Zinsforderung vorher eingezogen worden ist (s. A 1), kann der Hypothekengläubiger vom Mieter oder Pächter nochmalige Zahlung des Zinses für diese Zeit verlangen. Vgl. jedoch A 2 über den Zeitpunkt, in dem die Beschlagnahme gegenüber dem Mieter oder Pächter wirksam wird. — Der Hypothekengläubiger kann seinen Anspruch auf die betreffenden Zinsbeträge, ohne zuvorige Überweisung, mit der hypothekarischen Klage geltend machen. Auch ist im Falle der Beschlagnahme durch Zwangsverwaltung gemäß § 152 ZVG der Zwangsverwalter berechtigt, die Zinsbeträge zur Masse einzuziehen mit der Maßgabe, daß das dingliche Recht des Hypothekengläubigers die eingezogenen Beträge ergreift (vgl. **RG** 44, 310; 80, 314; JW 1913, 55[47]; OLG 34, 208). Anderen Hypothekengläubigern, die nicht auch eine Beschlagnahme ausgebracht haben, steht ein Anspruch auf die Zinsbeträge nicht zu. — Ist die Vorausverfügung erst nach der Beschlagnahme geschehen, so ist sie dem Hypothekengläubiger gegenüber überhaupt unwirksam (s. A 2). Dies gilt auch, wenn ein anderer Hypothekengläubiger Mietzinsen nachträglich pfändet, sei es auch ebenfalls auf Grund dinglichen Schuldtitels, so daß er damit seinerseits gleichfalls die Beschlagnahme ausbringt (s. A 2); seine Pfändung stellt sich als eine dem zuerst pfändenden und beschlagnahmenden Hypothekengläubiger gegenüber unwirksame Verfügung (s. A 3) dar, und zwar auch dann, wenn seine Hypothek der des anderen im Range vorgeht (a. M. OLG 26, 144, wonach das Rangverhältnis entscheidend sei). Soweit anderseits die vorher erfolgte Vorausverfügung nur den freigelassenen Zeitraum betrifft, kommt Abs 1 zur Anwendung, so daß z. B. im Falle der Vorauspfändung der Pfändungsgläubiger bezüglich dieses Zinsteils dem Hypothekengläubiger im Range vorgeht (s. A 6). — Auch die Vorausverfügung, die unwirksam ist, wird, weil die Unwirksamkeit nur gegenüber dem die Beschlagnahme ausbringenden Hypothekengläubiger besteht (**RG** 64, 420; OLG 8, 6),

wirksam, wenn der Gläubiger sie nachträglich genehmigt oder er anderweitig befriedigt wird oder auf die Hypothek verzichtet, sowie auch, wenn die Beschlagnahme wieder wegfällt (RG 64, 420). — Vgl. auch §§ 573, 574 BGB, §§ 57, 57b ZVG, § 21 Abs 2, 3 KO in der Fassung des Ges. v. 8. 6. 15 (Unwirksamkeit von Vorausverfügungen gegenüber dem Grundstückserwerber, dem Grundstückersteher, der Konkursmasse des Vermieters oder Verpächters).

§ 1125

Soweit die Einziehung des Miet- oder Pachtzinses dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist, kann der Mieter oder der Pächter nicht eine ihm gegen den Vermieter oder den Verpächter zustehende Forderung gegen den Hypothekengläubiger aufrechnen[1]).

E II 1033; P 3 561 f.

1. § 1125 bedeutet: Der Mieter oder Pächter kann **gegen den Hypothekengläubiger,** der die Miet- oder Pachtzinsforderungen beschlagnahmt hat (s. § 1123 A 2, § 1124 A 2) und ihn nun wegen des noch nicht gezahlten Zinses in Anspruch nimmt, mit einer ihm gegen den Vermieter oder Verpächter zustehenden Forderung **nicht aufrechnen** bezüglich einer Zinsforderung für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende, gegebenenfalls (wenn die Beschlagnahme innerhalb des letzten halben Monats des Kalendervierteljahrs erfolgt ist) auch das folgende Kalendervierteljahr. Die Aufrechnung ist also insoweit unzulässig, als eine Vorausverfügung dem Hypothekengläubiger gegenüber nach § 1124 Abs 2 unwirksam ist. Dies gilt auch im Falle einer früheren Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter im Sinne einer Verpflichtungsübernahme zur künftigen Aufrechnung, wonach der Mieter seine Forderung gegen den Vermieter mit der künftigen Schuld aus der laufenden Miete sollte aufrechnen dürfen (OLG 34, 208; im Falle einer durch Vertrag zwischen Mieter und Vermieter sogleich vollzogenen Aufrechnung findet § 1124 Anwendung, s. dort A. 3). Im übrigen kann der Mieter oder Pächter auch gegen den Hypothekengläubiger (oder Zwangsverwalter, s. § 1124 A 7) aufrechnen (vgl. § 404).

§ 1126

Ist mit dem Eigentum an dem Grundstück ein Recht auf wiederkehrende Leistungen verbunden[1]), so erstreckt sich die Hypothek auf die Ansprüche auf diese Leistungen[2]). Die Vorschriften des § 1123 Abs 2 Satz 1, des § 1124 Abs 1, 3 und des § 1125 finden entsprechende Anwendung[3]). Eine vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung über den Anspruch auf eine Leistung, die erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig wird[4]), ist dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam.

E I 1067 II 1034; M 3 652, 659, 663 f.

1. **Mit dem Eigentum an dem Grundstück verbundene Rechte,** wie Grunddienstbarkeiten, subjektiv-dingliche Vorkaufsrechte und Reallasten (§§ 1018, 1094 Abs 2, 1105 Abs 2) sowie die Rente für einen Überbau oder für einen Notweg (§§ 912—917), ferner landesrechtliche Gerechtigkeiten, die an ein Grundstück geknüpft sind (vgl. § 96 A 1), gelten nach § 96 als Bestandteile des herrschenden Grundstücks und haften daher für die dieses Grundstück belastende Hypothek, gleichviel, ob sie vor oder nach der Hypothekbestellung begründet worden sind (vgl. RG 83, 54; 83, 200; § 96 A 2). Soweit sie von dem herrschenden Grundstück nicht getrennt werden können (vgl. §§ 1103 Abs 1, 1110), findet § 1120 auf sie keine Anwendung. Ihre Beschlagnahme erfolgt durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung des Grundstücks selbst. — Von diesen Rechten kommen als solche **auf wiederkehrende Leistungen,** die von § 1126 betroffen werden können, hauptsächlich Reallasten sowie Renten für einen Überbau und für einen Notweg in Betracht (vgl. auch §§ 1021, 1022).

2. **Die Ansprüche auf die einzelnen Leistungen haften der Hypothek** grundsätzlich ebenso wie Miet- oder Pachtzinsforderungen (vgl. § 99 Abs 2, 3). Ausnahmen s. A 3, 4. Die Beschlagnahme der Ansprüche erfolgt hier ebenfalls (s. § 1123 A 2) nicht durch Zwangsversteigerung, sondern durch Zwangsverwaltung des Grundstücks (§§ 21 Abs 2, 148 ZVG), sowie durch Pfändung.

3. Nur **§ 1123 Abs 2 Satz 1, § 1124 Abs 1, 3, § 1125** (Erlöschen der Haftung mit dem Ablauf eines Jahres nach Eintritt der Fälligkeit, Wirksamkeit von Verfügungen, Zulässigkeit der Aufrechnung) **finden entsprechende Anwendung,** nicht auch § 1123 Abs 2 Satz 2 sowie § 1124 Abs 2. Letztere Vorschrift ist durch Satz 3 ersetzt (s. A 4). Aus dem Ausschluß der An-

wendung des § 1123 Abs 2 Satz 2 folgt, daß Ansprüche, die nicht innerhalb eines Jahres nach der Fälligkeit beschlagnahmt werden, auch dann mit dem Ablauf eines Jahres von der Haftung frei werden, wenn die wiederkehrenden Leistungen im voraus zu entrichten sind (über den Grund der Abweichung vgl. Prot 3, 562).

4. Die Abweichung von § 1124 Abs 2 (s. A 8) besteht darin, daß die Worte „(Miet- oder Pachtzins) für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr" (frühere Fassung, s. § 1124 A 7) ersetzt sind durch „(Anspruch auf eine Leistung) die **erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig wird**". Eine Verfügung (s. § 1124 A 1, 8) über den Anspruch auf jede andere Leistung ist vor der Beschlagnahme dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam.

§ 1127

Sind Gegenstände, die der Hypothek unterliegen[1]), für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks[2]) unter Versicherung gebracht[3]), so erstreckt sich die Hypothek auf die Forderung gegen den Versicherer[4]).

Die Haftung der Forderung gegen den Versicherer erlischt, wenn der versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist[5]).

E I 1067, 1070 II 1035; M 3 651, 659 f., 664 f.; P 3 555 f., 562 f.; 6 243 f.

1. Unter Versicherung gebrachte **Gegenstände, die der Hypothek unterliegen,** können sein das Grundstück selbst oder dessen Bestandteile, namentlich Gebäude, hängende oder stehende Erzeugnisse (z. B. auch ein Wald, Prot 3, 567), getrennte Bestandteile oder auch Zubehörstücke. Ob die Haftung der Gegenstände vor oder nach Bestellung der Hypothek eingetreten, ist gleichgültig. Wenn jedoch die Haftung beweglicher Gegenstände zur Zeit des Eintritts des Schadens daran bereits gemäß §§ 1120ff. erloschen ist, erstreckt sich die Hypothek nicht auf die Versicherungsforderung. Letztere Haftung soll nur die beim Eintritt des Schadens bestehende Haftung der ganz oder zum Teil untergehenden Gegenstände ersetzen. Deshalb unterliegt auch eine schon vor Bestellung der Hypothek begründete Versicherungsforderung nicht der Haftung für diese Hypothek, da hierfür die untergegangenen Gegenstände niemals gehaftet haben (str.).

2. **Für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks** sind die Haftungsgegenstände nicht nur dann versichert, wenn von dem Eigentümer oder dem Eigenbesitzer (§ 872) die Versicherungsverträge abgeschlossen sind, sondern auch, wenn ein Dritter für Rechnung jener (z. B. ein Nießbraucher gemäß § 1045, ein Mieter, Pächter) die Gegenstände versichert hat (Prot 6, 244), sei es auch in eigenem Namen (RG Gruch 57, 1007 [Warn 1913 Nr 228]). Versicherung für fremde Rechnung liegt vor, wenn derjenige, der den Versicherungsvertrag mit dem Versicherer in eigenem Namen abschließt (z. B. der Ehemann der Eigentümerin), durch diesen Vertrag das Interesse eines anderen versichert (RG Gruch 57, 1007 [Warn 1913 Nr 228]). Sind Haftungsgegenstände (z. B. Gebäude nebst Hotelinventar und Hausstandssachen), die beim Güterstande der Verwaltung und Nutznießung zum eingebrachten Gut der Ehefrau gehören, von dem Ehemanne gegen Feuersgefahr versichert, so sind die Gegenstände mit Rücksicht auf die dem Ehemanne nach §§ 1359, 1374 obliegende Versicherungspflicht als für die Ehefrau versichert auch dann zu erachten, wenn der Ehemann die Versicherung in eigenem Namen genommen und die Gegenstände als sein Eigentum bezeichnet hat (RG 76, 136). Auch erwirbt nach dem anzuwendenden § 1381 selbst in diesem Falle die Ehefrau den Anspruch auf die Versicherungssumme, es sei denn, daß der Ehemann den wirklichen Willen hatte, den Anspruch für die Ehefrau nicht zu erwerben (RG 76, 133). Hat der Anspruch als von der Ehefrau erworben zu gelten und handelt es sich um Gegenstände, bezüglich deren die Geltendmachung der Haftung für die Hypothek nach §§ 1129, 1124 Abs 1 eine Beschlagnahme voraussetzt (s. A 4), so bewirkt eine vor der Beschlagnahme erfolgte Verfügung (Abtretung, Pfändung) nur dann das Freiwerden des Anspruchs von der Haftung, wenn die Verfügung den Anspruch als einen solchen der Ehefrau (nicht des Ehemanns) zum Gegenstande hat (RG 76, 135). Nach §§ 74, 75 RGes. über den Versicherungsvertrag (s. A 3) stehen auch im Falle der Versicherung für fremde Rechnung im eigenen Namen die Rechte aus dem Versicherungsvertrage (nicht dem Versicherungsnehmer, sondern) dem Versicherten zu. Der Haftung der Forderung gegen den Versicherer für die Hypothek steht danach nicht etwa der Umstand entgegen, daß die Forderung einem anderen als dem (versicherten) Eigentümer oder Eigenbesitzer gehört (RG Warn 1913 Nr 228).

3. **Unter Versicherung gebracht** sind die Haftungsgegenstände, gleichviel, gegen welche Gefahr sie versichert sind, ob gegen Feuersgefahr oder gegen die Gefahren von Explosionen, Hagelschaden, Viehsterben, Bruchschaden (z. B. bei Glas- und Spiegelscheiben, M 3, 667), (kalten) Blitzschlag. — Art 75 EG enthält einen Vorbehalt für die Landesgesetz-

gebung bezüglich des Versicherungsrechts, soweit nicht das BGB besondere Bestimmungen gibt. Zu den letzteren gehören namentlich auch die §§ 1127—1130 (vgl. ferner §§ 1045, 1046, 1358, 1654). Jetzt gilt das RGes. über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 08 (vgl. besonders die §§ 49—68 über den Inhalt des Vertrags und die §§ 74—80 über die Versicherung für fremde Rechnung, s. A 2). Vgl. aber auch § 192 (Vorbehalte bezüglich der Versicherungen bei landesrechtlichen öffentlichen Anstalten). — Eine Verpflichtung des Eigentümers zur Versicherung besteht nach dem BGB dem Hypothekengläubiger gegenüber nicht. Jedoch kann sie durch Vertrag übernommen werden. Auch kann Unterlassen der Versicherung, namentlich von Gebäuden gegen Feuersgefahr, unter Umständen ein Vorgehen des Gläubigers nach § 1134 rechtfertigen (vgl. RG 37, 356; 52, 296).

4. **Auf die Forderung gegen den Versicherer erstreckt sich die Hypothek,** nicht auf die Versicherungsgelder. Besteht trotz Abschlusses eines Versicherungsvertrags und Eintritts des Schadens eine Forderung für den Versicherten nicht, ist z. B. der Vertrag rechtsunwirksam, so hat der Hypothekengläubiger ebenfalls keinen Anspruch. Dies gilt auch dann, wenn der Versicherte wegen eigenen Verschuldens die Entschädigung nicht fordern kann (vgl. RG 72, 214). Jedoch enthalten in dieser Hinsicht für den Fall der Gebäudeversicherung die §§ 100 bis 105 des RGes. über den Versicherungsvertrag (s. A 3) Vorschriften zugunsten des Hypothekengläubigers (die nach § 106 auch für Reallast-, Grundschuld- und Rentenschuldgläubiger gelten). Namentlich kann die aus einer Überversicherung oder aus einer Doppelversicherung sich ergebende Nichtigkeit des Vertrags (§§ 51 Abs 2, 59 Abs 3) einem Hypothekengläubiger gegenüber, der seine Hypothek dem Versicherer angemeldet hat (mit gewisser zeitlicher Einschränkung), nicht geltend gemacht werden, und, wenn der Versicherer wegen des Verhaltens des Versicherungsnehmers von der Verpflichtung zur Leistung frei ist, bleibt gleichwohl seine Verpflichtung gegenüber einem Hypothekengläubiger bestehen, auch wenn er die Hypothek nicht angemeldet hat (§§ 100 Abs 3, 101 Abs 1 Satz 1). Zugleich ist im § 102 bestimmt, daß die Hypothek auf den Versicherer übergeht, soweit er auf Grund der §§ 100, 101 den Gläubiger befriedigt. — Zu letzterem ist zu bemerken, daß, wenn in anderen Fällen der Versicherer die Entschädigungssumme an den Hypothekengläubiger zahlt, die Hypothek gemäß § 1163 Abs 1 Satz 2 zur Eigentümergrundschuld wird. Die Befriedigung „aus" dem Grundstück oder den für die Hypothek haftenden Gegenständen im Sinne des § 1181 Abs 1, 2 und damit Erlöschen der Hypothek bewirkt die Zahlung nicht (vgl. RG 56, 323), es sei denn, daß der Hypothekengläubiger die Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung beitreibt. — „Forderung gegen den Versicherer" ist gleichbedeutend mit Forderung aus dem Rechtsgrunde der Versicherung. Eine solche Forderung ist auch, wenn die Versicherungsgelder hinterlegt werden unter Verzicht auf die Rücknahme, die Forderung gegen den Staat, da der Rechtsgrund der nämliche ist; daher erstreckt sich die Hypothek auch auf diese Forderung, die an die Stelle der ursprünglichen Forderung gegen den Versicherer tritt (RG 74, 108). — Die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Haftung seitens des Gläubigers und die Zulässigkeit von Verfügungen über die Versicherungsforderung seitens des Versicherten vor der Geltendmachung sind in den §§ 1128, 1129 verschieden geregelt, je nachdem es sich um versicherte Gebäude oder um andere versicherte Gegenstände handelt. Im ersteren Falle ist dem Hypothekengläubiger ohne weiteres ein Anspruch auf die Versicherungsforderung gegeben und sind Verfügungen darüber zu seinem Nachteil grundsätzlich ausgeschlossen, während in letzterem Falle (nach §§ 1129, 1124 Abs 1) eine Beschlagnahme Voraussetzung für die Geltendmachung ist und bis dahin Verfügungen zulässig sind (vgl. RG 64, 28; 76, 135; vgl. auch 78, 24; OLG 30, 107). Jedoch kann auch in diesem Falle durch den Versicherungsvertrag ebenso wie nach den vorerwähnten, eine Gebäudeversicherung betreffenden §§ 100, 101 des RGes. v. 30. 5. 08 unter Umständen ein unmittelbarer Rechtsanspruch (§§ 328ff.) gegen den Versicherer für die Hypothekengläubiger begründet sein (vgl. RG 8, 169; 25, 218). Wegen des Falles der Verfügung über die Versicherungsforderung, wenn der Ehemann eingebrachtes Gut der Ehefrau versichert hat, vgl. A 2. — Landesgesetzliche Einschränkungen der Haftung lassen zu EG Artt 110 (Wiederherstellung zerstörter Gebäude), 120 Abs 2 Nr 3 (Unschädlichkeitszeugnis). — Die §§ 1127—1130 finden gemäß Art 192 EG von Anlegung des Grundbuchs ab auch auf ältere Hypotheken Anwendung. — Nach Artt 52—54, 67, 109 EG erstreckt sich die Hypothek gemäß den entsprechend anzuwendenden Vorschriften des § 1128 auch auf die Entschädigungsforderung, die nach Reichs- oder Landesgesetzen im Falle der Enteignung oder des Bergschadens dem Grundstückseigentümer zusteht, vorausgesetzt, daß der Hypothekengläubiger nicht eine besondere Entschädigung erhält (RG 69, 247; vgl. KGJ 27 B 51; 46, 214: die Artt 52, 53, 67, 109 EG sind nicht auf die Entschädigungsforderung für die Grundabtretung nach §§ 142, 144 Pr.AllgBergG v. 24. 6. 65 anwendbar, weil diese Grundabtretung nicht im öffentlichen Interesse erfolgt).

5. **Der wiederhergestellte oder als Ersatz angeschaffte Gegenstand** tritt an Stelle der Versicherungsforderung in die Haftung in gleicher Weise ein wie der versicherte zerstörte oder beschädigte Gegenstand (M 3, 665). Zum **Erlöschen der Haftung der Versicherungs-**

forderung ist aber nicht erforderlich, daß der versicherte Gegenstand vollständig wiederhergestellt und voller Ersatz für die hypothekarische Sicherheit geschaffen ist. Auch bei nur teilweiser Wiederherstellung des früheren Zustandes erlischt die Haftung; allerdings nur insoweit, als durch den Wert des Wiederhergestellten die Hypothekengläubiger die frühere Sicherheit wiedererlangt haben, während der über diesen Wert hinausgehende Betrag der Versicherungsforderung in der Haftung verbleibt (str., **RG** 78, 25; Warn 09 Nr 144, SeuffA 74 Nr 175; auch OLG 26, 145). Letzteres hat z. B. zur Folge, daß im Falle der Zwangsversteigerung die über den Wert der Wiederherstellungsarbeiten hinausgehende Versicherungsforderung gemäß §§ 20 Abs 2, 55 Abs 1, 90 Abs 2 ZVG auf den Ersteher übergeht (**RG** 78, 24; Warn 09 Nr 144); während insoweit, als schon vor Einleitung der Zwangsversteigerung die Haftung erloschen war, der Ersteher die Versicherungsforderung nicht erwirbt (**RG** 78, 24; SeuffA 74 Nr 175). Daß aber, wenn an Stelle des versicherten Gegenstandes ein neuer (z. B. ein Gebäude) hergestellt wird, dieser vollständig fertiggestellt worden, ist nicht erforderlich; es genügt, daß schon das Hergestellte gleichwertigen Ersatz bietet (**RG** Warn 09 Nr 144). — Soweit zufolge der Wiederherstellungsarbeiten die Haftung der Versicherungsforderung erloschen ist, werden vorher erfolgte Verfügungen des Eigentümers darüber (z. B. Abtretungen), deren Wirksamkeit die Haftung entgegenstand (s. A 4), wirksam und bleiben es (vgl. **RG** 78, 24). — Über den Fall der W i e d e r h e r s t e l l u n g s p f l i c h t des Eigentümers gegenüber dem Versicherer vgl. § 1130. Den Hypothekengläubigern gegenüber besteht aber eine Wiederherstellungspflicht des Eigentümers in keinem Falle; so z. B. auch nicht, wenn der Eigentümer ein abgebranntes Gebäude unter Verwendung der an ihn ausgezahlten Versicherungsgelder auf einem anderen ihm ebenfalls gehörenden Grundstück wieder errichtet hat. Es kann in einem solchen Falle zwar gegen den Versicherer, wenn etwa die Auszahlung der Versicherungsgelder zu Unrecht erfolgt ist, ein Anspruch auf nochmalige Zahlung gegeben sein (vgl. § 1128 A 5). Aber gegenüber dem Eigentümer können die Hypothekengläubiger nur mit Maßnahmen nach §§ 1133, 1134 unter den dortigen Voraussetzungen, insbesondere bei Gefährdung ihrer Hypotheken, gegebenenfalls vorgehen (vgl. OLG 31, 345).

§ 1128

Ist ein Gebäude versichert[1]), so kann der Versicherer die Versicherungssumme mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger an den Versicherten erst zahlen[2]), wenn er oder der Versicherte den Eintritt des Schadens dem Hypothekengläubiger angezeigt hat[3]) und seit dem Empfange der Anzeige ein Monat verstrichen ist. Der Hypothekengläubiger kann bis zum Ablaufe der Frist dem Versicherer gegenüber der Zahlung widersprechen[4]). Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist; in diesem Falle wird der Monat von dem Zeitpunkt an berechnet, in welchem die Versicherungssumme fällig wird[4]).

Im übrigen finden die für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften Anwendung[5]); der Versicherer kann sich jedoch nicht darauf berufen, daß er eine aus dem Grundbuch ersichtliche Hypothek nicht gekannt habe[3]).

E I 1070 II 1036; M 3 666 f.; P 3 563 ff.

1. Eine **Gebäudeversicherung** liegt vor, wenn das Versicherte nach allgemeiner Verkehrsauffassung ein Gebäude ist und ferner der Versicherungsvertrag seine Versicherung als Gebäude zum Ausdruck bringt. Ist nach dem Vertrage eine Versicherung für einen beweglichen Gegenstand genommen (Mobiliarversicherung), so ist nicht ein Gebäude versichert, auch wenn das Versicherte in Wirklichkeit ein Gebäude ist, und umgekehrt ist dies auch dann nicht der Fall, wenn zwar ein Gebäudeversicherungsvertrag (Immobiliarversicherung) geschlossen, das Versicherte aber tatsächlich kein Gebäude ist. — Sind jene Voraussetzungen gegeben, so hat regelmäßig nicht nur das Ganze, sondern jeder einzelne Teil davon als versichertes Gebäude im Sinne des § 1128 zu gelten. Wenn dagegen ein einzelner Bestandteil, sei es ausschließlich unter Versicherung gebracht, sei es noch gegen eine andere Gefahr versichert ist (z. B. Glas- oder Spiegelscheiben gegen Bruchschaden, während die Versicherung des ganzen Gebäudes auf Feuerschaden, Explosion oder Blitzschlag sich bezieht; s. § 1127 A 3), so findet auf eine Entschädigungsforderung aus einer solchen Versicherung § 1128 keine Anwendung, sondern § 1129 (s. § 1127 A 4), da insoweit nicht ein „Gebäude" versichert ist. Gleiches ist anzunehmen, wenn einzelne Teile (z. B. Maschinen oder sonstige einem Gewerbe dienende Geräte, welche Gebäudebestandteile sein sollen) noch besonders zwar gegen die nämliche Gefahr, aber nicht

etwa als hinzugetretene Bestandteile durch Gebäudeversicherungsvertrag, sondern als bewegliche Sachen versichert sind; denn es sind diese Teile dann als von der Gebäudeversicherung ausgenommen anzusehen (vgl. RG 69, 316; 74, 109). — Ferner folgt aus § 1127, daß hier nur solche Gebäude in Betracht kommen, auf die sich die Hypothek erstreckt; daher z. B. nicht Gebäude, die gemäß § 95 keine Bestandteile des Grundstücks sind. — Über entsprechende Anwendung des § 1128 auf Entschädigungsforderungen wegen Enteignung und Bergschadens nach Artt 52—54, 67, 109 EG vgl. § 1127 A 4 a. E.

2. Der im Abs 2 gegebene Regelsatz über den Rechtsanspruch des Hypothekengläubigers auf die Versicherungssumme (s. A 5), richtiger Entschädigungssumme, wird zur Erleichterung für den Versicherer durch die Vorschriften des Abs 1 dahin eingeschränkt (vgl. OLG 26, 147), daß unter bestimmten Voraussetzungen **der Versicherer die Versicherungssumme mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger an den Versicherten zahlen kann.** Liegen diese Voraussetzungen vor, so wird stillschweigende Zustimmung des Hypothekengläubigers zur Auszahlung an den Versicherten allein angenommen, und zahlt dann der Versicherer an den Versicherten, so ist er befreit und erlischt die Haftung der Versicherungsforderung für die Hypothek. Andere Verfügungen des Versicherten als Empfangnahme der Zahlung oder sonstige Einziehung (s. § 1124 A 1, 3) haben diese Wirkung nicht, selbst wenn jene Voraussetzungen gegeben sind (OLG 14, 111). Dies gilt insbesondere auch im Falle der Abtretung an einen Dritten oder der Pfändung der Versicherungsforderung für einen persönlichen Gläubiger. Erst durch die Zahlung an diese Rechtsnachfolger (bei Vorliegen der Voraussetzungen) erlischt die Haftung. Im letzteren Falle kann auch ein Hypothekengläubiger, dessen Hypothek vor der Pfändung bestellt ist, (trotz Vorliegens der Voraussetzungen) gemäß § 805 ZPO, solange die Zahlung nicht erfolgt ist, einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung geltend machen.

3. Die erste Voraussetzung für die Zulässigkeit der Zahlung an den Versicherten ist, daß **der Versicherer oder der Versicherte den Eintritt des Schadens dem Hypothekengläubiger angezeigt hat.** Nur wenn die Anzeige **untunlich** ist (z. B. weil der Aufenthaltsort des Hypothekengläubigers sich nicht ermitteln läßt), darf nach Abs 1 Satz 3 die Anzeige unterbleiben. Anderseits kann sich der Versicherer gemäß Abs 2 dem Hypothekengläubiger gegenüber **nicht darauf berufen,** daß er eine aus dem Grundbuch ersichtliche **Hypothek nicht gekannt** habe. Der Grundsatz der Offentlichkeit des Grundbuchs gilt hier auch gegenüber dem Versicherer (Prot 3, 565). Hat er aber den aus dem Grundbuch ersichtlichen Gläubigern die Anzeige gemacht, so hat er gemäß § 891 seiner Pflicht genügt, auch wenn andere (z. B. zufolge Zession von Briefhypotheken) die wirklichen Berechtigten sind (OLG 26, 147). Eine erst nach Erstattung der Anzeige erfolgte Umschreibung einer Hypothek im Grundbuch kommt für ihn nicht in Betracht, es sei denn, daß sie ihm (vor der Auszahlung der Versicherungssumme an den Versicherten) bekannt geworden ist (§ 893; OLG 26, 148). Ist der Versicherte selbst eingetragener Gläubiger (z. B. einer Eigentümergrundschuld), so bedarf es (was z. B. für den Fall einer in das Grundbuch nicht eingetragenen Abtretung einer Eigentümerbriefgrundschuld in Betracht kommt, s. A 5) einer Anzeige an ihn nicht, da seine Kenntnis von dem Brandschaden vorauszusetzen ist, das Gesetz auch ihm selbst das Recht der Anzeige an die Hypothekare einräumt (OLG 26, 149). — Auf die Anzeige, die keiner Form bedarf, finden die §§ 130—132 Anwendung.

4. Die zweite Voraussetzung ist, daß **ein Monat seit dem Empfange der Anzeige** oder, wenn diese untunlich ist (Abs 1 Satz 3), **seit Fälligkeit der Versicherungssumme** verstrichen ist, **ohne** daß der Hypothekengläubiger dem Versicherer gegenüber **Widerspruch** gegen die Zahlung erhoben hat. Aber auch wenn die beiden Voraussetzungen vorliegen, also der Hypothekengläubiger nach Anzeige nicht innerhalb der Frist widersprochen hat, erlischt die Haftung der Versicherungsforderung noch nicht. Vielmehr muß die allerdings nunmehr zulässige Zahlung an den Versicherten hinzutreten (s. A 2). Bis dahin kann der Hypothekengläubiger zwar nicht mehr durch Widerspruch, wohl aber durch Beschlagnahme wegen seiner Hypothek auf Grund vollstreckbaren Titels (s. § 1121 A 3) die Auszahlung noch verhindern (OLG 14, 112). — Der Widerspruch kann auch schon vor einer Anzeige dem Versicherer gegenüber wirksam erfolgen; nach dem Zwecke der Vorschriften des § 1128 Abs 1 Satz 1, 2 (s. A 2) kann daraus Gegenteiliges nicht entnommen werden (OLG 26, 147). Auch der Erwerber einer Hypothek, für den die Hypothek noch nicht im Grundbuch umgeschrieben worden ist (s. A 3), kann, bevor eine Anzeige erstattet ist, oder auch, wenn seinem eingetragenen Rechtsvorgänger angezeigt worden ist, nach dieser Anzeige dem Versicherer gegenüber Widerspruch erheben; er muß aber sein Gläubigerrecht dem Versicherer gehörig nachweisen (OLG 26, 148). — Ist vor der Anzeige wirksam oder nach der Anzeige vor Ablauf eines Monats Widerspruch erhoben, so darf der Versicherer nicht an den Versicherten zahlen, widrigenfalls er auf Verlangen des Hypothekengläubigers noch einmal zahlen muß (s. A 5). Der Widerspruch bedarf ebensowenig wie die Anzeige einer Form (s. A 3). Er steht gleich einer Beschlagnahme und wirkt daher nur

zugunsten des widersprechenden, nicht auch anderer Hypothekengläubiger (str.). Diese gelten zufolge Unterlassung des Widerspruchs als mit der Zahlung an den Versicherten einverstanden, so daß die etwaige Zahlung ihnen gegenüber wirksam ist. — Eine Ausnahmebestimmung bezüglich Wirksamkeit der Zahlung an den Versicherten enthält § 1130.

5. Aus der **Anwendung der für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften im übrigen** folgt: Der Hypothekengläubiger kann vom Versicherer Zahlung der Entschädigungssumme, wenn die Hypothek nicht fällig ist, an ihn und den Versicherten gemeinschaftlich (§ 1281) und, wenn die Hypothek ganz oder zum Teil fällig ist, an ihn allein, soweit die Einziehung zu seiner Befriedigung erforderlich ist (§§ 1282 Abs 1, 1228 Abs 2), verlangen, es sei denn, daß ihm gemäß Abs 1 Anzeige von dem Schaden erstattet ist und er nicht rechtzeitig der Auszahlung an den Versicherten widersprochen hat (OLG 5, 320). Einer Beschlagnahme bedarf er zur Geltendmachung jener Rechte nicht (OLG 14, 110). Jedoch kann er seine Befriedigung aus der Versicherungsforderung auch im Wege der Zwangsvollstreckung suchen, wenn er einen vollstreckbaren Titel hat (§§ 1282 Abs 2, 1277). Hat der Versicherer, wiewohl an den Hypothekengläubiger Anzeige nicht erstattet war oder doch nach Erstattung der Anzeige der Gläubiger rechtzeitig Widerspruch erhoben hatte, an den Versicherten (oder, wenn über sein Vermögen der Konkurs eröffnet ist, an den Konkursverwalter) allein Zahlung geleistet, so muß er auf Verlangen des Gläubigers noch einmal zahlen (RG 64, 29). Gegen den Versicherten (oder dessen Konkursmasse) aber hat der Gläubiger keinen Anspruch auf Herausgabe, da die Empfangnahme der Zahlung keine Rechtsbeziehung zwischen den beiden geschaffen hat und der Versicherte auch nicht auf Kosten des Gläubigers, dessen Forderung gegen den Versicherer bestehengeblieben, bereichert ist (RG 64, 30). Hat ein Grundschuldgläubiger widersprochen, der durch schriftliche Abtretung einer Eigentümerbriefgrundschuld und Übergabe des Grundschuldbriefs Grundschuldgläubiger geworden ist, ohne daß eine Umschreibung im Grundbuche stattgefunden hat (§§ 1154, 1192), so hat der Versicherer, der an den Eigentümer zahlt, nach §§ 407, 1275 an den Gläubiger nur dann noch einmal Zahlung zu leisten, wenn er bei Zahlung die Abtretung kannte (RG 74, 118; OLG 26, 149). Jedoch kann unter Umständen schon der Widerspruch in Verbindung mit einer an sich nicht unglaubwürdigen Anzeige der Abtretung die Kenntnis in ausreichender Weise vermitteln (RG 74, 120). — Statt Zahlung an den Hypothekengläubiger und den Versicherten gemeinschaftlich (im Falle der Nichtfälligkeit) kann Hinterlegung für beide (§ 1281 Satz 2) und statt Zahlung an den Gläubiger allein (im Falle der Fälligkeit der Hypothek) Abtretung der Versicherungsforderung an Zahlungs Statt (§ 1282 Abs 1 Satz 2) verlangt werden. Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist der Hypothekengläubiger nicht befugt (§ 1282 Abs 2). — Ist mehreren Hypothekengläubigern nicht angezeigt oder von mehreren rechtzeitig widersprochen worden, so kann nur derjenige von ihnen, der im Range der erste Hypothekengläubiger ist, die vorbezeichneten Rechte geltend machen (§ 1290).

§ 1129

Ist ein anderer Gegenstand als ein Gebäude versichert[1]), so bestimmt sich die Haftung der Forderung gegen den Versicherer nach den Vorschriften des § 1123 Abs 2 Satz 1 und des § 1124 Abs 1, 3[2]).

E I 1070 II 1037; M 3 666 f.; P 3 563 ff., 567; 4 602.

1. Die Haftung der Forderung aus **Versicherung anderer Gegenstände als eines Gebäudes** (z. B. Zubehörstücke, Früchte, s. auch § 1128 A 1) bestimmt sich nicht, wie bei Gebäuden, nach den Vorschriften über das Forderungspfandrecht (§ 1128), sondern nach den im § 1129 ausgeführten Vorschriften über die Haftung der Miet- oder Pachtzinsforderungen, weil über diese Gegenstände, an deren Stelle im Falle der Zerstörung die Versicherungsforderung in die Haftung eintritt, der Eigentümer frei verfügen kann, solange nicht der Hypothekengläubiger ihre Beschlagnahme ausgebracht hat (Prot 3, 565).

2. **Nach den Vorschriften des § 1123 Abs 2 Satz 1 und des § 1124 Abs 1, 3** wird die Versicherungsforderung mit dem Ablauf eines Jahres nach dem Eintritt der Fälligkeit von der hypothekarischen Haftung frei, wenn nicht vorher die Beschlagnahme (durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung oder durch Pfändung, s. § 1121 A 3) zugunsten des Hypothekengläubigers erfolgt ist (§ 1123 Abs 2 Satz 1; s. dort A 2). Ferner kann der Versicherte vor der Beschlagnahme die Forderung einziehen oder sonst mit Wirkung gegenüber dem Hypothekengläubiger darüber verfügen (vgl. RG 8, 169; 25, 218; 72, 214). Weiter erlischt die Haftung, wenn vor der Beschlagnahme die Entschädigungssumme an den Versicherten (oder, wenn er in Konkurs geraten ist, an den Konkursverwalter) gezahlt, die Versicherungsforderung auf einen Dritten übertragen, das Grundstück ohne die Forderung veräußert wird (§ 1124 Abs 1, 3; s. dort A 1—6, sowie RG 64, 30; 76, 135). Im übrigen vgl. § 1127 A 4 und die Ausnahmebestimmung des § 1130.

§ 1130

Ist der Versicherer nach den Versicherungsbestimmungen nur verpflichtet, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen[1]), so ist eine diesen Bestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten[2]) dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam[3]).

E I 1070 II 1038; M 3 665 f.; P 3 562 f.

1. Die **Versicherungsbestimmungen,** wonach der Versicherer **nur verpflichtet ist,** die Entschädigungssumme **zur Wiederherstellung zu zahlen,** können aus besonderer vertraglicher Regelung oder aus der Satzung der Versicherungsanstalt oder aus Gesetz sich ergeben. Über den Vorbehalt für die Landesgesetzgebung in letzterer Hinsicht vgl. Art 75 EG, § 193 Abs 1 des RGes. über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 08. Nach § 97 dieses Gesetzes kann der Versicherungsnehmer im Falle einer solchen Bestimmung bei der Gebäudeversicherung die Zahlung erst verlangen, wenn die bestimmungsmäßige Verwendung des Geldes gesichert ist, und nach § 193 Abs 2 des Ges. können die Landesgesetze bestimmen, in welcher Weise die Verwendung des Geldes zu sichern ist. Diese Vorschriften sollen der Sicherung der Hypothekengläubiger dienen. Nach § 98 ferner kann die Forderung des Versicherungsnehmers vor der Wiederherstellung des Gebäudes nur an den Erwerber des Grundstücks oder an solche Gläubiger des Versicherungsnehmers übertragen werden, welche Arbeiten oder Lieferungen zur Wiederherstellung des Gebäudes übernommen oder bewirkt haben; jedoch ist eine Übertragung an Gläubiger, die bare Vorschüsse zur Wiederherstellung gegeben haben, wirksam, wenn die Verwendung der Vorschüsse zur Wiederherstellung erfolgt. Diese Vorschriften stellen sich als Veräußerungsverbote zum Schutze bestimmter Personen im Sinne des § 135 BGB dar. Daher ist eine Verfügung (z. B. Abtretung), die ihnen zuwider getroffen wird, dieserhalb nicht nichtig, sondern nur jenen Personen gegenüber unwirksam; anderen Personen (z. B. dem Versicherungsnehmer selbst) gegenüber ist sie dagegen wirksam und muß von ihnen gelten gelassen werden (RG 95, 208). Über weitere Bestimmungen zum Schutze der Hypothekengläubiger vgl. § 99 des Ges. — Ist bei einem Gebäude eine Bestimmung über Wiederherstellung nicht getroffen und unterläßt der Eigentümer die Wiederherstellung, nachdem der erststellige Hypothekengläubiger die Versicherungssumme für sich in Anspruch genommen hat, so können die anderen Hypothekengläubiger nach § 1134 vorgehen (s. § 1134 A 7). Sie werden auch sich durch Pfändung der durch Befriedigung des erststelligen Hypothekengläubigers entstandenen Eigentümergrundschuld (s. § 1127 A 4) zu sichern suchen müssen.

2. Eine **den Versicherungsbestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten,** durch die der Versicherer befreit wird, ist im Falle der Verpflichtung des Versicherten, zuvor die Verwendung der Entschädigungssumme zum Wiederherstellungszwecke sicherzustellen (s. bezüglich der Gebäudeversicherung A 1), erst dann gegeben, wenn zur Zeit der Zahlung diese Verwendung gesichert ist (OLG 8, 139). Bestimmen die Versicherungsbedingungen dagegen über eine solche vorherige Sicherstellung nichts, so wird der Versicherer durch die Zahlung an den Versicherten auch dann frei, wenn der Verwendungszweck nicht sichergestellt war und demnächst die Gelder überhaupt nicht zur Wiederherstellung verwendet werden (vgl. OLG 5, 319; M 3, 665). Kann nach den Versicherungsbedingungen die Auszahlung der Entschädigungssumme an den Eigentümer auch schon vor der Wiederherstellung dann erfolgen, wenn sämtliche eingetragenen Gläubiger in die unbedingte Auszahlung willigen, und wird demgemäß die Auszahlung von den Gläubigern bewilligt und dann von dem Versicherer bewirkt, so steht, wenn der Eigentümer darauf die Wiederherstellung nicht vornimmt, sondern das Geld anderweit verwendet, dem Hypothekengläubiger, der bei der späteren Zwangsversteigerung des Grundstücks ausfällt, auf Grund des aus der Einwilligung unter der Bedingung der Wiederherstellung sich ergebenden Vertrags ein Schadensersatzanspruch gegen den Eigentümer insoweit zu, als er bei erfolgter Wiederherstellung Befriedigung aus dem Grundstück erlangt hätte (OLG 29, 362).

3. Aus der **Wirksamkeit der bestimmungsgemäßen Zahlung gegenüber dem Hypothekengläubiger** folgt, daß durch eine solche Zahlung der sog. Wiederherstellungsgelder an den Versicherten die Haftung der Versicherungsforderung für die Hypothek erlischt. Der Hypothekengläubiger kann auch nicht durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder durch Pfändung die Zahlung an den Eigentümer verhindern, da der Versicherer eben nur zur Wiederherstellung an den Herstellungspflichtigen zu zahlen braucht, nicht an einen anderen zu seiner Befriedigung. Überhaupt ist eine Pfändung, sei es seitens eines Hypothekengläubigers oder gar eines persönlichen Gläubigers, unzulässig, weil ihr die Zweckbestimmung der Wiederherstellungsgelder entgegensteht (soweit nicht die Pfändung für solche Gläubiger erfolgt, an die ausnahmsweise etwa die Übertragung zugelassen ist, s. A 1). Im Falle der Zwangsverwaltung ist der Verwalter befugt, an Stelle des Eigentümers die Versicherungsgelder in Empfang zu nehmen und sie zur Wiederherstellung zu verwenden. Daher kann der Versicherer an ihn

wirksam zahlen. Aber der Hypothekengläubiger, der etwa die Zwangsverwaltung ausgebracht hat, erlangt dadurch kein Sonderrecht auf Befriedigung aus der Versicherungsforderung (str.). — Entspricht die Zahlung nicht den hier fraglichen Versicherungsbestimmungen (s. A 1, 2), wird z. B. an einen Zessionar des Versicherten gezahlt, der die Gelder für sich behält, so braucht der Hypothekengläubiger sie nicht gegen sich gelten zu lassen, es sei denn, daß sie etwa nach § 1128 (im Falle der Gebäudeversicherung) oder nach § 1129 (bei der Versicherung anderer Gegenstände) ihm gegenüber doch wirksam ist. Auch kann er selbst in diesem Falle nochmalige Zahlung nicht zu seiner Befriedigung, sondern nur zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes verlangen (str.; vgl. SeuffA 74 Nr 175). Werden übrigens die zu Unrecht ausgezahlten Gelder tatsächlich zur Wiederherstellung (z. B. zur Bezahlung von Forderungen der Baugläubiger) verwendet, so erlischt die Haftung der Versicherungsforderung gemäß § 1127 Abs 2 in jedem Falle, mag auch der Bau nicht dadurch zur Vollendung gebracht worden sein (SeuffA 74 Nr 175).

§ 1131

Wird ein Grundstück nach § 890 Abs 2 einem anderen Grundstück im Grundbuche zugeschrieben[1]), so erstrecken sich die an diesem Grundstücke bestehenden Hypotheken auf das zugeschriebene Grundstück[2]). Rechte, mit denen das zugeschriebene Grundstück belastet ist, gehen diesen Hypotheken im Range vor[3]).

E I 1067 II 1039; M 3 651 f., 654; P 3 549 ff.; 6 252 f.

1. Über den Begriff der **Zuschreibung eines Grundstücks zu einem anderen nach § 890 Abs 2** im Gegensatze zur Vereinigung mehrerer Grundstücke gemäß § 890 Abs 1 sowie über die Erfordernisse der Zuschreibung vgl. § 890 A 2, 3, 4, 6.

2. **Auf das zugeschriebene Grundstück erstrecken sich die an dem Hauptgrundstück bestehenden Hypotheken** sowie Grundschulden und Rentenschulden (§§ 1192, 1199), nicht auch dingliche Rechte anderer Art. Der Belastungsgegenstand erweitert sich zugunsten letzterer Rechte durch die Zuschreibung nicht. Die Erstreckung der Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden tritt kraft Gesetzes ein; nicht ist sie zufolge des vom Eigentümer nach § 890 Abs 2 gestellten Zuschreibungsantrags als auf Rechtsgeschäft beruhend zu erachten (vgl. **RG** 68, 82). Daher haben mehrere hypothekarische Rechte, die sich erstrecken, an dem zugeschriebenen Grundstück nicht etwa untereinander gleichen Rang, sondern den nämlichen Rang, den sie an dem Hauptgrundstück haben (str.; OLG 26, 190). Die Hypotheken werden zufolge der Erstreckung nicht zu Gesamthypotheken (vgl. § 890 A 6). Die Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden an dem zugeschriebenen Grundstück hingegen erstrecken sich ebensowenig wie sonstige dingliche Rechte daran auf das Hauptgrundstück (vgl. § 890 A 6).

3. Alle dinglichen **Rechte am zugeschriebenen Grundstück,** nicht bloß Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden, **gehen den Hypotheken** (Grundschulden oder Rentenschulden) **des Hauptgrundstücks** bezüglich der Belastung des zugeschriebenen Grundstücks **im Range vor;** Hypotheken auch nämlichen Hypotheken, die bereits vor der Zuschreibung auch auf dem Hauptgrundstück eingetragen standen (OLG 26, 190). — Ist das zugeschriebene Grundstück mit Rechten vorbezeichneter Art besonders belastet, so behält es trotz der Zuschreibung seine Selbständigkeit insofern, als es die betreffenden Gläubiger zu ihrer Befriedigung ohne das Hauptgrundstück zur Zwangsversteigerung bringen oder im Falle der Zwangsversteigerung des ganzen Grundstücks Einzelausgebote verlangen können. Ist das ganze Grundstück auf Grund eines Gesamtausgebots zugeschlagen, so ist unter entsprechender Anwendung des § 112 ZVG der Erlös auf die beiden Grundstücke zu verteilen (vgl. KGJ 31 A 242).

§ 1132

Besteht[1]) für die Forderung[2]) eine Hypothek[3]) an mehreren Grundstücken[4]) (Gesamthypothek), so haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung[5]). Der Gläubiger kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Teile suchen[6]).

Der Gläubiger ist berechtigt, den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke in der Weise zu verteilen, daß jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag haftet[7]). Auf die Verteilung finden die Vorschriften der §§ 875, 876, 878 entsprechende Anwendung[8]).

E I 1071, 1078 II 1040; M 3 668, 682 ff.; P 3 568, 573 f., 620.

1. Es **besteht** eine Gesamthypothek nicht nur dann, wenn mehrere Grundstücke von vornherein mit einer Hypothek für dieselbe Forderung belastet worden sind (vgl. § 49 Abs 1

Satz 1 GBO) oder wenn nachträglich an einem Grundstück eine Hypothek für die Forderung bestellt worden ist, für die eine Hypothek bereits an einem anderen Grundstück bestand (vgl. § 49 Abs 1 Satz 2 GBO), sondern auch dann, wenn das mit einer Hypothek belastete Grundstück in mehrere selbständige Grundstücke zerlegt und die Hypothek auf die Grundbuchblätter für die abgeschriebenen Teile übertragen worden ist (vgl. § 49 Abs 1 Satz 2, § 47 Abs 2 GBO sowie RJA 8, 272; 11, 128). Streitig ist, ob im Falle des Übergangs des belasteten Grundstücks von dem bisherigen Alleineigentümer auf mehrere Miteigentümer nach Bruchteilen eine Gesamthypothek entsteht. Daß, wenn Miteigentümer je ihren Anteil besonders, sei es gleichzeitig oder nacheinander, mit einer Hypothek für dieselbe Forderung belasten, eine Gesamthypothek entsteht, ist herrschende Meinung (KGJ 30 A 260; auch **RG** 52, 360; 81, 83). Gleiches muß aber auch für den ersteren Fall gelten. Denn aus § 1114 folgt, daß Miteigentumsanteile hinsichtlich der hypothekarischen Belastung selbständigen Grundstücken gleichstehen und daher im Falle der Zerteilung des belasteten Eigentums in Miteigentumsanteile, die verschiedenen Personen gehören, die Hypothek nunmehr ebenso, wie im Falle realer Teilung des Grundstücks, kraft Gesetzes als an mehreren Grundstücken haftend anzusehen ist (KGJ 30 A 258, vgl. auch **RG** 20, 270). Anders verhält es sich, wenn mehrere Miteigentümer am ganzen Grundstück eine Hypothek gemeinsam bestellen (vgl. hierüber A 4). — Über den Hypothekenbrief für eine Gesamtbriefhypothek vgl. §§ 59, 63 GBO. Wird eine solche Hypothek an mehreren Grundstücken bestellt, die im Eigentum verschiedener Personen stehen, so erwirbt der Gläubiger die Hypothek nur dann, wenn ihm der Brief von allen Eigentümern übergeben wird (s. § 1117 A 2). Wenn mit einer Briefhypothek nachträglich noch ein anderes Grundstück belastet werden soll, ist nach § 49 Satz 2, § 42 Satz 1 GBO der Hypothekenbrief dem Grundbuchamt vorzulegen und mit ihm nach § 63 GBO zu verfahren. Zulässig ist auch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Briefhypothek, die mit der bereits bestehenden Hypothek eine Gesamthypothek bilden soll (z. B. wenn der Eintragung der neuen Hypothek ein Hindernis entgegensteht). Auf eine solche Vormerkung sind die §§ 42, 49, 63 GBO nicht anwendbar, insbesondere bedarf es nicht der Vorlegung des Briefes (RJA 12, 267). — Soll eine Gesamtbuchhypothek übertragen oder belastet (verpfändet, gepfändet) werden, so muß die Übertragung oder Belastung, weil die Gesamthypothek ein einheitliches hypothekarisches Recht an mehreren Grundstücken ist, auf sämtliche belastete Grundstücke eingetragen werden (§§ 873, 1154 Abs 3, 1274, ZPO § 830); fehlt die Eintragung auch nur auf einem Grundstück, so ist die Verfügung überhaupt unwirksam (**RG** 63, 74; RJA 8, 136; 12, 254; KGJ 39 A 250), und da die eine Eintragung eine unzulässige ist, tritt auch eine Heilung nicht ein, wenn die Hypothek später auf dem Grundbuchblatt, auf dem die Eintragung nicht erfolgt war, gelöscht wird (RJA 12, 254; 13, 138). Ist daher z. B. ein Pfandrecht an der Gesamthypothek zwar auf dem einen Grundstück früher als eine Pfändung der Hypothek eingetragen, aber auf dem anderen Grundstück umgekehrt die Pfändung früher als die Pfandbestellung, so hat die Pfändung den Vorrang vor dem Pfandrecht, und zwar an der Hypothek auf beiden Grundstücken (KGJ 39 A 248). Dieses Rangverhältnis ergibt sich aus dem Zusammenhalt der verschiedenen Eintragungen auf den beiden Grundstücken. Der Inhalt der Eintragungen ist nicht, wie in KGJ 39 A 248 angenommen ist, wegen der Verschiedenheit unzulässig. — Ebenfalls wegen Einheitlichkeit des Hypothekenrechts ist zu Änderungen des Inhalts einer Gesamthypothek, die der Zustimmung des Eigentümers bedürfen (§§ 873, 877), die Zustimmung der Eigentümer sämtlicher belasteten Grundstücke erforderlich. — Über die Wirkungen der vollständigen oder teilweisen Befriedigung des Gläubigers einer Gesamthypothek: durch einen der mehreren Eigentümer vgl. §§ 1143 Abs 2, 1173, 1176; durch den persönlichen Schuldner vgl. §§ 1174, 1176; aus einem der mehreren Grundstücke vgl. §§ 1181 Abs 2, 1182. — Über die Folgen des Verzichts des Gläubigers sowie seiner Ausschließung hinsichtlich der Gesamthypothek vgl. §§ 1175, 1176.

2. Die mehreren Grundstücke müssen **für eine und dieselbe Forderung** hypothekarisch belastet sein (vgl. **RG** 63, 74; 81, 79; RJA 2, 94; 3, 208; 8, 136; 11, 128; KGJ 39 A 248). Ist z. B. von dem Hauptschuldner Hypothek für die Hauptforderung und von dem Bürgen für die Bürgschaftsforderung Hypothek bestellt, so besteht eine Gesamthypothek nicht. Wie jedoch der Gläubiger einer Gesamthypothek nach §§ 1175 Abs 1 Satz 2, 1176 auf einen Teil der Hypothek lediglich bezüglich eines Grundstücks verzichten kann, so ist es auch zulässig, daß eins der mehreren Grundstücke nur für einen Teil der Forderung mit der Hypothek belastet wird. Es besteht dann für diesen Teil eine Gesamthypothek, im übrigen eine Einzelhypothek an dem anderen Grundstück (KGJ 21 A 169; OLG 20, 414; 26, 164). Ebenso ist es zulässig, das eine Grundstück hinsichtlich der Nebenleistungen, insbesondere der Zinsen, höher zu belasten als das andere Grundstück. Auch in diesem Falle ist die Hypothek bezüglich der höheren Nebenleistungen eine Einzelhypothek (KGJ 21 A 168; auch RJA 11, 128). Als unzulässig ist es aber zu erachten, daß die Hypothekenforderung hinsichtlich der Zahlungs- und Kündigungsbedingungen für die einzelnen Grund-

stücke verschieden gestaltet wird. Denn die Fälligkeit gehört zum Inhalt der Forderung, und die nämliche Forderung kann nicht von dem einen Gesichtspunkt aus als fällig, von dem andern als nicht fällig zu gelten haben (str., RJA 11, 127). Allerdings kann, da der Gläubiger sich an jedes Grundstück nach seinem Belieben halten kann, zwischen ihm und dem Eigentümer eines der Grundstücke eine andere Fälligkeit der Hypothek vereinbart werden. Eine solche Vereinbarung betrifft aber nicht die Forderung, sondern das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer als solchem (vgl. § 1157). — Aus der Begriffsbestimmung, welche § 1132 für die Gesamthypothek gibt, aus dem Wesen der Hypothek als Nebenrecht der Forderung, zu deren Sicherung sie dient (s. § 1113 A 5) und aus der im § 1153 Abs 2 bestimmten Untrennbarkeit der Hypothek von der Forderung bei der Übertragung ist zu folgern, daß für dieselbe Forderung nicht mehrere Einzelhypotheken an verschiedenen Grundstücken bestellt werden können, sondern nur eine Gesamthypothek, und daß in allen Fällen, in denen eine Hypothek an mehreren Grundstücken für dieselbe Forderung besteht, eine Gesamthypothek vorliegt (KGJ 35 A 314; 49, 223). Soll eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) für alle Forderungen des Gläubigers aus der Geschäftsverbindung mit dem Eigentümer an mehreren Grundstücken bestellt werden, so kann dies nur in der Weise geschehen, daß eine Gesamthypothek zu einem einheitlichen Höchstbetrag bestellt wird; unzulässig wäre es, je eine selbständige Hypothek an den einzelnen Grundstücken zu je einem Teil des in Wirklichkeit gewollten (ganzen) Höchstbetrags zu bestellen, da die gesicherten Forderungen dem Grunde und dem Umfange nach bei jeder Hypothek die nämlichen wären, so daß die Hypotheken trotz ihrer Einzeleintragung nach § 1132 als Gesamthypothek rechtlich zu gelten hätten, damit aber in Widerspruch stände, daß die Höchstbeträge bei den einzelnen Hypotheken sich nur als Teilbeträge darstellten (vgl. KGJ 49, 222).

3. **Eine Hypothek** muß an den mehreren Grundstücken bestehen. Daraus folgt, daß das hypothekarische Recht an allen Grundstücken ein gleichartiges sein muß. Andernfalls würden innerhalb der einheitlichen Gesamthypothek verschiedene Gesetzesvorschriften hinsichtlich der einzelnen belasteten Grundstücke Platz greifen können, z. B. bezüglich des Erwerbs der Hypothek (vgl. § 1117), der Abtretung (vgl. § 1154 Abs 1, 3), der Rechtsvermutung für das Bestehen der persönlichen Forderung (vgl. §§ 1138, 1156, 1184, 1185 Abs 2). Unzulässig ist daher z. B. die Bestellung einer Gesamthypothek in der Weise, daß die nämliche Forderung durch Buchhypothek an dem einen und durch Briefhypothek an dem anderen Grundstück gesichert wird oder durch eine Verkehrshypothek und eine Sicherungshypothek (RG 70, 245; 77, 175; RJA 2, 94; 3, 208; 12, 271; KGJ 40 A 299; OLG 10, 100; 20, 413). Aus dieser notwendigen Einheitlichkeit der Gesamthypothek ist zu folgern, daß, wenn eine Einzelbuchhypothek nachträglich durch Bestellung einer Hypothek an einem weiteren Grundstück für die nämliche Forderung zu einer Gesamtbuchhypothek erweitert werden soll, die Bewilligung der Eintragung der neuen Hypothek nicht ausdrücklich die Ausschließung der Erteilung des Hypothekenbriefs gemäß § 1116 Abs 2 zu enthalten braucht, da diese Ausschließung als von den Beteiligten selbstverständlich gewollt zu gelten hat (RG 77, 176). — Streitig ist, ob die Eintragung einer Zwangshypothek (§ 867 ZPO) für eine bereits durch Vertragshypothek gesicherte Forderung auf ein anderes Grundstück desselben Schuldners zulässig ist. Dies ist zwar zu bejahen, da der Zwangsvollstreckung aus dem Schuldtitel durch Eintragung der Zwangshypothek das Bestehen einer Vertragshypothek an einem anderen Grundstück nicht entgegensteht (RJA 3, 211; 14, 202; OLG 5, 332). Jedoch wird dadurch eine Gesamthypothek nicht begründet, da eben die hypothekarischen Rechte an den mehreren Grundstücken verschiedenartige sind (a. M. OLG 5, 332; RJA 3, 208; KGJ 27 A 142). Vielmehr werden die Hypotheken als Einzelhypotheken anzusehen sein. Allerdings können für eine und dieselbe Forderung in der Regel nicht mehrere Einzelhypotheken bestehen, weil die Einheitlichkeit der Forderung sie mit Notwendigkeit zu einer einheitlichen, also zu einer Gesamthypothek zusammenfaßt (RJA 9, 139; OLG 10, 100). Aber in dem vorgenannten Falle hat die Forderung durch den Schuldtitel eine neue besondere Kraft und Gestaltung erlangt und ist daher die Zwangshypothek für diese vollstreckbare Forderung als selbständig für sich bestehende Hypothek zu erachten, mit der Maßgabe, daß durch einmalige Befriedigung mit tilgender Wirkung die Forderung des Gläubigers hinsichtlich beider Hypotheken erlischt. Es ist neuerdings in KGJ 44, 285 (unter Aufgeben von RJA 3, 208) und in RJA 14, 223 (entgegen RJA 14, 202) dieser Begründung entgegengetreten und die Eintragung einer Zwangshypothek bei schon vorhandener Vertragshypothek für die nämliche Forderung überhaupt für unzulässig erklärt. § 1132 Abs 1 Satz 1 bestimmt aber lediglich, daß, wenn für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken besteht, jedes Grundstück für die ganze Forderung haftet. Aus dieser für die vertragsmäßig bestellte Hypothek des BGB gegebenen Bestimmung kann nicht gefolgert werden, daß dem durch Vertragshypothek an dem einen Grundstück des Schuldners gesicherten Gläubiger, der wegen der Forderung nachträglich einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt, wegen Bestehens der Vertragshypothek die nach der ZPO sonst zulässige Zwangsvollstreckung in ein anderes Grundstück des Schuldners im Wege der Eintragung einer Zwangshypothek zu versagen ist. Allerdings wird durch die Erlangung des Schuldtitels die

rechtliche Natur der Forderung nicht geändert (RG 78, 408). Aber der Schuldtitel gewährt dem Gläubiger das Recht, sich zwangsweise ein weiteres Sicherungsmittel für die Forderung zu beschaffen. Der Auffassung der Vertragshypothek und der Zwangshypothek als Einzelhypotheken steht auch nicht entgegen, daß der Kreis der dinglichen Rechte im BGB ein geschlossener ist. Die Zwangshypothek gilt zwar nach ihrer erfolgten Eintragung gemäß den Bestimmungen der §§ 866, 867 ZPO auch als eine Sicherungshypothek im Sinne des BGB; jedoch bestehen für sie nach § 868 ZPO Sonderbestimmungen (RG 78, 407), und überhaupt ist sie, wenn auch die Vorschriften des BGB über die vertragsmäßige Sicherungshypothek für sie gelten, doch ein von dieser verschiedenes Rechtsgebilde, da sie durch einen Zwangsvollstreckungsakt auf Grund vollstreckbaren Schuldtitels zur Entstehung gelangt ist, sie nicht auf Einigung der Beteiligten beruht. Vor allem aber bestimmt sich die Zulässigkeit der Eintragung einer Zwangshypothek als einer Zwangsvollstreckungsmaßregel lediglich nach der ZPO. Diese enthält keine Bestimmung, aus der die Unzulässigkeit der Eintragung einer Zwangshypothek bei schon vorhandener Vertragshypothek für die nämliche Forderung zu entnehmen wäre. Es ist auch aus § 867 Abs 2 ZPO, wonach, wenn mehrere Grundstücke des Schuldners mit der Zwangshypothek belastet werden sollen, der Gläubiger den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen hat, nicht etwa zu folgern, daß der Gläubiger auf einen Teil der auf dem einen Grundstück eingetragenen Vertragshypothek verzichten müßte, um für den anderen Teil der Forderung eine Zwangshypothek auf ein anderes Grundstück eintragen lassen zu können. Hätte es gelten sollen, daß der Gläubiger auf ein Vertragsrecht in dieser Weise verzichten müßte, um sein Vollstreckungsrecht, und zwar auch nur in beschränktem Umfange, ausüben zu können, so hätte hierüber ausdrücklich Bestimmung getroffen werden müssen, wie ähnliches im § 1131 Entw I des BGB, der nicht Gesetz geworden ist, vorgesehen war. Zu bemerken ist auch, daß für die durch Vertragshypothek gesicherte Forderung in Vollziehung eines Arrestes eine Arresthöchstbetragshypothek gemäß § 932 Abs 1 ZPO zur Eintragung gebracht werden kann. Nach der Natur dieser Hypothek scheint es aber noch unannehmbarer, daß die vorbezeichnete Verteilung stattfinden müßte, wiewohl § 867 Abs 2 nach § 932 Abs 2 ZPO auch auf die Arresthöchstbetragshypothek anzuwenden ist, und wenn der Gläubiger demnächst für die Forderung einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt, kann er die Arresthypothek in eine Zwangshypothek umwandeln lassen (KGJ 40, 314). Übrigens wird bei der Eintragung der Zwangshypothek § 49 Abs 1 GBO dahin entsprechend anzuwenden sein, daß bei der Vertragshypothek vermerkt wird, es sei für die durch die Hypothek gesicherte Forderung auch noch eine Zwangshypothek auf einem anderen Grundstück eingetragen. Dadurch wird größere Sicherheit dagegen geboten, daß der Gläubiger aus den beiden Hypotheken doppelte Befriedigung wegen seiner Forderung erlangt. — Aus der Einheitlichkeit des hypothekarischen Rechtes folgt ferner, daß die Gesamthypothek nicht hinsichtlich der einzelnen Grundstücke verschiedenen Gläubigern zustehen, mithin auch das Hypothekenrecht an einem Grundstück nicht für sich allein auf einen anderen übertragen werden kann, sofern nicht etwa der Gläubiger auf das Hypothekenrecht an dem anderen Grundstück gemäß § 1175 Abs 1 Satz 2 verzichtet, sowie daß die Hypothekenrechte an den einzelnen Grundstücken nicht verschieden belastet (insbesondere durch Pfandbestellung, Pfändung, § 1274, ZPO §§ 804, 830) werden können (RG 63, 75; RJA 8, 136; KGJ 39 A 248; OLG 12, 289). — Dagegen ist Änderung des Ranges hinsichtlich der einzelnen Hypothekenrechte für sich allein zulässig, da das Rangverhältnis dieser zu anderen Rechten an den einzelnen Grundstücken nicht das Wesen der Gesamthypothek berührt. — Daß ferner die Erhöhung oder die Ermäßigung des Kapitals oder der Nebenleistungen der einzelnen Hypothekenrechte für sich allein zulässig ist, folgt aus dem in A 2 Bemerkten. Daher bedarf es in diesen Fällen nur der Zustimmung des Eigentümers des betreffenden Grundstücks (§§ 880 Abs 2 Satz 2, 877, 873), nicht aller Eigentümer (s. A 1). — Wie oben erwähnt, gilt für Zwangs- und Arresthypotheken nach §§ 867 Abs 2, 932 Abs 2 ZPO die Sondervorschrift, daß, wenn sie auf mehrere Grundstücke des Schuldners eingetragen werden sollen, der Betrag der Forderung von dem Gläubiger auf die einzelnen Grundstücke zu verteilen ist. Hierdurch ist die Eintragung einer Gesamthypothek für die ganze Forderung ausgeschlossen. Die Hypotheken für die einzelnen Teilbeträge sind besondere Einzelhypotheken (OLG 3, 201; 5, 332). Eine (versehentlich erfolgte) Eintragung als Gesamthypothek ist im ganzen inhaltlich unzulässig im Sinne des § 54 Abs 1 Satz 2 GBO; es entsteht dadurch auch nicht etwa nach § 868 ZPO, der überhaupt nicht in Betracht kommt, eine Eigentümergrundschuld (KGJ 40 A 310). Jedoch auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels gegen verschiedene Eigentümer mehrerer Grundstücke als Gesamtschuldner ist die Eintragung einer Gesamtzwangshypothek wegen der ganzen Forderung zulässig, da § 867 Abs 2 ZPO die Verteilung nur bezüglich der mehreren Grundstücke des einen Schuldners zugunsten dieses vorschreibt (RJA 2, 87; 2, 97; OLG 11, 329).

4. Mehrere Grundstücke müssen belastet sein. Über den Begriff des Grundstücks und darüber, wann mehrere selbständige Grundstücke vorliegen, vgl. § 873 A 4. Hervorzuheben

ist hier, daß eine Gesamthypothek auch im Falle der Eintragung der belasteten Grundstücke auf ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt bestehen kann, sofern die Grundstücke als selbständige gebucht sind (vgl. §§ 4, 86, 87 GBO). — Bestellen mehrere Miteigentümer eine Hypothek am ganzen Grundstück, so entsteht eine Gesamthypothek nicht, weil die Teilhaber durch ihre Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand im Sinne des § 747 Satz 2 die Hypothek rechtlich als Einzelhypothek an dem einen Grundstück gestalten (vgl. RG JW 1910, 473[12]; auch RJA 11, 286; § 1163 A 6). Auch eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Gesamthypothek (s. A 1) erscheint ausgeschlossen, da auf diesem Umwege die Hypothek entgegen dem maßgebenden Willen der Beteiligten in Wirklichkeit einer Gesamthypothek gleichgestellt werden würde (str., a. M. RJA 11, 286). Die Miteigentumsanteile haben hinsichtlich der Befriedigung der Hypothek aus dem Grundstück keine selbständige Bedeutung und die Miteigentümer gelten hinsichtlich der Zahlung, des Verzichts usw. als ein Eigentümer. Nur kann, wie sich aus § 864 Abs 2 ZPO ergibt, auch in einen Miteigentumsanteil allein die Zwangsvollstreckung wegen der ganzen Hypothekenforderung betrieben werden (RG Gruch 55, 674). Vgl. dagegen über den anders liegenden Fall der besonderen Belastung der einzelnen Anteile A 1. — Über den Einfluß der Zuschreibung oder der Vereinigung der belasteten Grundstücke auf die Gesamthypothek vgl. § 890 A 3, 6. — Wird für die Forderung, für die bereits eine Hypothek an einem Grundstück besteht, eine Hypothek noch an einem anderen Grundstück bestellt, so daß nun eine Gesamthypothek entsteht, so ist nach der Ordnungsvorschrift des § 49 Abs 1 GBO auf dem Blatte jedes Grundstücks die Mitbelastung des anderen von Amts wegen zu vermerken. Hat das neu zu belastende Grundstück ein eigenes Grundbuchblatt, so genügt es zur Entstehung der Hypothek an diesem Grundstück nicht, wenn lediglich bei der Hypothek an dem bisher allein belasteten Grundstück vermerkt wird, daß nunmehr auch das andere Grundstück für die Hypothekenforderung hafte; ein solcher Mithaftsvermerk ist für sich allein nicht eine Eintragung der Hypothek auf das Grundbuchblatt über das andere Grundstück im Sinne des § 873 (RG Warn 1915 Nr 116). Im Falle der Zusammenschreibung mehrerer selbständiger Grundstücke auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatte ist, wenn in die Haftung für eine bereits gebuchte Hypothek ein ferneres Grundstück des Bestandsverzeichnisses neu eintreten soll, zwar nicht für erforderlich zu erachten, daß die Hypothek auf dieses Grundstück nochmals ihrem vollen Inhalte nach unter einer neuen Nummer (in Preußen in der Hauptspalte der Abteilung III) eingetragen wird; es würde dadurch vielmehr eine unnötige Anfüllung des Grundbuchs, die zu vermeiden ist, herbeigeführt werden, da auf anderem, einfacherem Wege die neue Hypothekeintragung im Sinne des § 873 deutlich erkennbar bewirkt werden kann. Dies kann nämlich dadurch geschehen, daß bei der gebuchten Hypothek einmal der Mithaftsvermerk (in Preußen in Spalte 7 „Veränderungen") eingetragen und ferner in der die Bezeichnung des belasteten Grundstücks betreffenden Spalte (in Preußen Spalte 3) die laufende Nummer des neu belasteten Grundstücks beigefügt wird. Die Eintragung des Mithaftsvermerks allein genügt aber auch hier nicht (vgl. RG Warn 1915 Nr 116). — Auf ein Grundstück können nicht mehrere Hypotheken für dieselbe Forderung eingetragen werden, da das aus der Hypothekbestellung gemäß § 1113 folgende Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück für die nämliche Forderung nicht noch einmal gewährt werden kann (vgl. OLG 6, 478). Dies gilt auch dann, wenn die neue Hypothek besseren Rang als die frühere haben soll (a. M. OLG 12, 282). Es muß der Weg der Vorrangseinräumung beschritten werden. — Die mehreren Grundstücke müssen im Inlande belegen sein. Ist ein Grundstück im Auslande belegen, so ist die Hypothek an dem inländischen Grundstück nur als Einzelhypothek anzusehen (KGJ 39 B 46; vgl. auch RG 55, 263).

5. Die **ganze Forderung,** für die **jedes Grundstück haftet,** kann auch ein Teilbetrag einer Forderung sein, wenn für diesen allein Gesamthypothek bestellt ist (s. A 2). Unzulässig aber ist die Bestellung einer Gesamthypothek mit der Abrede, daß das eine Grundstück nur für den aus dem anderen nicht beizutreibenden Betrag haften soll; denn der gesetzliche Inhalt dinglicher Rechte kann durch Parteiabrede nicht geändert werden (RJA 9, 137; vgl. jedoch RG 70, 248, wo die Eintragung einer Sicherungshypothek mit der Bedingung, daß eine auf einem anderen Grundstück eingetragene Verkehrshypothek einen Ausfall erleide, für zulässig erklärt ist).

6. Das **freie Wahlrecht** hinsichtlich der **Befriedigung aus den Grundstücken** kann der Gesamthypothekengläubiger dadurch ausüben, daß er entweder selbst die Zwangsvollstreckung (in einzelne oder mehrere Grundstücke wegen der ganzen Forderung oder eines Teiles davon) betreibt (§ 1145) oder daß er, wenn ein anderer betreibender Gläubiger ist, bestimmt, ob und zu welchem Betrage seine Befriedigung aus dem einzelnen oder den mehreren zur Zwangsversteigerung gestellten Grundstücken erfolgen soll. Vgl. in dieser Hinsicht §§ 50 Abs 2 Nr 2, Abs 3, 63, 112, 122, 123 ZVG. Jedoch für den Fall der gemeinsamen Zwangsversteigerung mehrerer belasteter Grundstücke (vgl. §§ 2, 18 ZVG, dazu RG JW 01, 383) auf Betreiben eines nachstehenden Gläubigers erfährt das Wahlrecht Einschränkungen durch die Vorschriften des § 64 ZVG. — Über Aufrechterhaltung der (zufolge Befriedigung aus einem

Grundstück sonst gemäß § 1181 Abs 2 auch an dem anderen Grundstück erlöschenden) Hypothek für den Ersatzanspruch des Eigentümers, aus dessen Grundstück die Befriedigung erfolgt ist, vgl. § 1182, und über das Ablösungsrecht des nachstehenden Hypothekengläubigers, wenn der Gesamthypothekengläubiger nur aus dem betreffenden einen Grundstück Befriedigung sucht, vgl. §§ 1150, 268.

7. Infolge der **Verteilung des Forderungsbetrags auf die einzelnen Grundstücke** erlischt die Hypothek an diesen in Höhe der darauf nicht zugeteilten Beträge und zerfällt die Gesamthypothek in Einzelhypotheken für die Teilbeträge. Das Erlöschen der Mitbelastung ist gemäß § 49 Abs 2 GBO von Amts wegen zu vermerken. Handelt es sich um eine Briefhypothek, so ist gemäß §§ 64, 68, 69 GBO für jedes Grundstück ein neuer Brief zu erteilen (SeuffA 60 Nr 56). — Die Verteilung wird besonders in Fällen der Teilabtretung zweckmäßig erscheinen können. Verlangen kann sie im Falle der Eigentümer-Gesamthypothek jeder Eigentümer der belasteten Grundstücke nach Maßgabe des § 1172 Abs 2.

8. Aus der **entsprechenden Anwendung der §§ 875, 876, 878** folgt: Die Verteilung ist vom Gläubiger gegenüber dem Grundbuchamt oder den Eigentümern der belasteten Grundstücke zu erklären (s. § 875 A 7) und bedarf der Eintragung auf die in Betracht kommenden Grundbuchblätter (§ 875 Abs 1). Vor der Verteilungseintragung ist der Gläubiger an seine Erklärung nur gebunden, wenn er sie in der Form des § 875 Abs 2 abgegeben hat (s. § 875 A 9; KGJ 37 A 307). Durch eine nach der Bindung und dem Eintragungsantrage eintretende Verfügungsbeschränkung des Gläubigers wird die Erklärung nicht unwirksam (§ 878, s. dort A 3). Ist die Gesamthypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist dessen Zustimmung zu der Verteilung erforderlich (§ 876, s. dort A 3). — Die Zustimmung der Eigentümer ist nicht notwendig; Anwendung des für die Aufhebung der Hypothek geltenden § 1183 ist für die Verteilung nicht vorgeschrieben. Streitig ist, ob dennoch (formellrechtlich) zur Vornahme der Eintragung nach § 27 Abs 1 GBO die Beibringung der Zustimmung vom Grundbuchamt zu erfordern ist. Dies ist zu verneinen, weil die Eintragung der Verteilung nicht eine Löschung im Sinne dieser Gesetzesvorschrift ist (RG 70, 91; KGJ 37 A 307; 47, 209; a. M. RJA 2, 240).

§ 1133

Ist infolge einer Verschlechterung des Grundstücks[1]) die Sicherheit der Hypothek gefährdet[2]), so kann der Gläubiger dem Eigentümer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung bestimmen[3]). Nach dem Ablaufe der Frist ist der Gläubiger berechtigt, sofort Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen[4]), wenn nicht die Gefährdung durch Verbesserung des Grundstücks oder durch anderweitige Hypothekenbestellung[5]) beseitigt worden ist[6]). Ist die Forderung unverzinslich und noch nicht fällig, so gebührt dem Gläubiger nur die Summe, welche mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit dem Betrage der Forderung gleichkommt[7]).

E I 1073 II 1041; M 3 670 ff.; P 3 569 f.

1. Vorausgesetzt wird im § 1133 eine bereits eingetretene **Verschlechterung des Grundstücks**. Im Falle erst drohender Verschlechterung können nur Maßregeln nach § 1134 in Frage kommen (RG 52, 296). — Unter Verschlechterung ist zu verstehen eine den allgemeinen Verkehrswert mindernde, sei es infolge bestimmter Ereignisse oder allmählich (z. B. infolge Unterlassung von Vorkehrungen gegen Beschädigungen des Grundstücks, OLG 32, 389) nach Eintragung der Hypothek eintretende Veränderung des Zustandes des Grund und Bodens oder seiner Bestandteile. Z. B. Abbruch oder Verfallenlassen von Gebäuden, auch deren Wertminderung infolge Alters (str.). Dagegen ist Unterlassung der Versicherung, insbesondere von Gebäuden gegen Feuersgefahr, nicht eine „bereits eingetretene" Verschlechterung im Sinne des § 1133; nur die „Besorgnis" der Verschlechterung gemäß § 1134 kann sich daraus ergeben (RG 52, 295; a. M. OLG 4, 485; auch [Herabsetzung der Versicherungssumme bei Versicherung eines an Stelle eines alten abgebrochenen Gebäudes errichteten neuen Gebäudes] OLG 34, 212; vgl. RG 37, 358). Durch § 1135 ist der Verschlechterung des Grundstücks auch noch die Verschlechterung und die unwirtschaftliche Entfernung von Zubehörstücken gleichgestellt. Daraus folgt, daß Verschlechterung oder Beseitigung anderer für die Hypothek haftender Gegenstände als Bestandteile und Zubehörstücke (vgl. §§ 1123 ff.) nicht unter § 1133 fallen. — Daß der Eigentümer die Verschlechterung verschuldet oder doch verursacht hat, ist nicht erforderlich. Auch Verschlechterungen durch einen Dritten (z. B. einen Pächter) oder

durch Naturereignisse (z. B. Windbruch, Hochwasser) fallen unter § 1133 (M 3, 671; Prot 3, 570; OLG 34, 213).

2. Eine die **Sicherheit der Hypothek gefährdende** Verschlechterung liegt vor, wenn nach dem Range der betreffenden Hypothek und dem Verhältnis des Betrags des Kapitals und der Nebenleistungen zu dem Werte des Grundstücks infolge der Verschlechterung die Gefahr besteht, daß die Hypothek im Falle der Zwangsversteigerung nicht mehr in dem Maße wie vor der Verschlechterung aus dem Erlöse befriedigt werden würde (vgl. **RG** JW 97, 319[43]; Gruch 42, 1043; OLG 12, 285; 14, 112; 34, 213). Auf die Höhe des danach zu besorgenden Ausfalls kommt es nicht an. Anderseits aber ist die Anwendbarkeit des § 1133 für den Gläubiger einer solchen Hypothek ausgeschlossen, auf deren Sicherheit die Verschlechterung ohne Einfluß ist (M 3, 672). — Die Vorschriften des § 1133 finden auch auf Grundschulden und Rentenschulden (§§ 1192, 1200, 1201 Abs 2) sowie gemäß Art 192 EG auf ältere Hypotheken Anwendung (**RG** 50, 72); ferner auf die auf preuß. Rentengütern haftenden Renten (**RG** Gruch 48, 355).

3. Die dem Eigentümer (§ 1148) **zur Beseitigung der Gefährdung zu bestimmende Frist** ist vom Gläubiger nach dem Zeitaufwande zu bemessen, der für Maßnahmen zur Beseitigung der Gefährdung nach Lage des Falles erforderlich ist. Ihre Angemessenheit ist gegebenenfalls in dem Rechtsstreit auf die Hypothekenklage nachzuprüfen (M 3, 673). Wird die Gefährdung innerhalb der Frist beseitigt, so gelangt der Gläubiger nicht zu dem Recht auf Befriedigung aus § 1133. — Die Fristbestimmung ist, damit der Gläubiger sofortige Befriedigung aus dem Grundstück verlangen kann, dann nicht erforderlich, wenn der Grundstückseigentümer auf Aufforderung des Gläubigers die Beseitigung der Gefährdung durch geeignete Maßnahmen ernstlich ablehnt (OLG 34, 211). Dagegen erübrigt sich die Fristbestimmung nicht dadurch, daß der Eigentümer nur die sofortige Zahlung des Hypothekenbetrags verweigert, da sich eine solche Zahlungspflicht eben erst ergibt, wenn er nicht innerhalb einer gesetzten Frist (s. A 6) die Gefährdung gemäß Satz 2 beseitigt hat (OLG 34, 211).

4. Das **Recht, sofort Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen,** wiewohl die Hypothek noch nicht fällig ist, hat der Gläubiger wegen der ganzen Hypothek, nicht nur wegen des gefährdeten Teiles. Vgl. jedoch in letzterer Hinsicht die Sonderbestimmung in § 17 Abs 1 des HypBankG v. 13. 7. 99 für den Fall, daß eine Hypothekenbank Gläubigerin ist. Der Gläubiger kann das Recht dadurch ausüben, daß er aus der Hypothek die dingliche Klage erhebt und dann die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung betreibt (§ 1147). Bei der Rentenschuld kann der Gläubiger gemäß § 1201 Abs 2 Satz 2 Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstück verlangen. — Wegen der persönlichen Forderung steht dem Gläubiger ein Recht auf sofortige Befriedigung gegen den persönlichen Schuldner (insbesondere den, der nicht Eigentümer ist) nicht zu (vgl. **RG** 39, 321). — Gegen einen Anspruch des Eigentümers aus einem mit Hypothekbestellung im Zusammenhange stehenden Vertrage kann der Gläubiger, wenn die Hypothek gefährdet ist, auch ein Zurückbehaltungsrecht nach Maßgabe des § 321 geltend machen (vgl. **RG** 53, 244). — Wird durch unwirtschaftliche Veräußerung von Bestandteilen (oder Zubehör, s. § 1135), sog. kaltes Abbrennen, der Ausfall einer Hypothek in der Zwangsversteigerung verursacht, so kann für den Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Eigentümer und die Erwerber gemäß §§ 823, 830 gegeben sein (**RG** 42, 170; 44, 189; 69, 91; JW 07, 332[10]; 09, 416[15]; Warn 1910 Nr 281; 20. 4. 07 V 333/06). Gleiches gilt auch bezüglich sonstiger Verschlechterung des Grundstücks, wenn sie von dem Eigentümer schuldhaft verursacht ist (OLG 32, 389). Auch der Verwalter im Konkurse über das Vermögen des Eigentümers haftet nach § 82 KO dem Gläubiger für den durch schuldhafte Verschlechterung während seiner Verwaltung des zur Konkursmasse gehörenden Grundstücks zufolge Ausfalls an der Hypothek entstandenen Schaden (OLG 29, 389).

5. Daß die **Beseitigung der Gefährdung** durch Wiederherstellung des früheren Zustandes erfolgt, ist nicht erforderlich. Das Gesetz verlangt nur eine Beseitigung der Gefährdung **durch Verbesserung des** verschlechterten **Grundstücks** oder durch anderweitige Hypothekbestellung. Die erstere kann auch durch Herstellung eines anderen Zustandes als des vor der Verschlechterung vorhanden gewesenen geschehen, wenn dadurch nur das Grundstück eine solche Verbesserung erfährt, daß die Hypothek nicht mehr gefährdet ist (z. B. Errichtung eines neuen Gebäudes an Stelle eines abgebrochenen; OLG 34, 212). Der **anderweitigen Hypothekbestellung,** d. i. Hypothekbestellung auf einem anderen als dem verschlechterten Grundstück (M 3, 673), steht nicht gleich Sicherheitsleistung durch Verpfändung beweglicher Sachen oder Forderungen (M 3, 673).

6. Da dem Gläubiger schon nach Ablauf der Frist das Befriedigungsrecht zustehen soll, **wenn nicht** die Gefährdung **beseitigt „worden ist“** (nicht „wird“), so kann nur eine Beseitigung der Gefährdung bis zum Ablaufe der Frist, nicht auch eine spätere, die Entstehung des Befriedigungsrechts abwenden (str.; vgl. OLG 34, 211).

7. Der **Abzug des Zwischenzinses** von einer **unverzinslichen Forderung** ist deshalb vorgeschrieben, weil durch die Gefährdung der Hypothek die Forderung noch nicht fällig wird

und daher der Gläubiger durch die vorzeitige Zahlung des vollen Betrags einen ungerechtfertigten Vorteil erlangen würde (M 3, 673). Die zu zahlende Summe berechnet sich, wenn z. B. zwischen der Zahlung und der Fälligkeit 30 Tage liegen, bei einer Forderung von 1000 und dem gesetzlichen Zinsfuß von 4% gemäß der Hoffmannschen Berechnungsart nach folgender Gleichung: $x = 1000 - \frac{x \cdot 4 \cdot 30}{100 \cdot 365}$.

§ 1134

Wirkt der Eigentümer oder ein Dritter[1]) auf das Grundstück[2]) in solcher Weise ein, daß eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist[3]), so kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen[4]).

Geht die Einwirkung von dem Eigentümer[5]) aus, so hat das Gericht auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln anzuordnen[6]). Das gleiche gilt, wenn die Verschlechterung deshalb zu besorgen ist, weil der Eigentümer die erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter oder gegen andere Beschädigungen unterläßt[7]).

E I 1072 II 1042; M 3 669 f.; P 3 568 f.

1. Eine **Einwirkung durch den Eigentümer oder einen Dritten** setzt § 1134 voraus, anders wie § 1133, zu dessen Anwendung auch Verschlechterungen infolge von Naturereignissen genügen (s. § 1133 A 1). Ein schuldhaftes Handeln ist aber auch hier nicht erforderlich (OLG 5, 321). Vielmehr kann eine auf die Tätigkeit des Eigentümers oder eines Dritten (z. B. eines Pächters, Mieters, Nießbrauchers) zurückzuführende Verschlechterung des Grundstücksbestandes auch dann die Unterlassungsklage rechtfertigen, wenn beabsichtigt wird und die Möglichkeit besteht, den früheren Zustand wieder herzustellen (OLG 5, 321; s. aber 21, 99).

2. Als Einwirkungen **auf das Grundstück** sind nicht bloß solche Maßnahmen anzusehen, die den Grund und Boden oder dessen Bestandteile betreffen (wie z. B. Austorfen, Abbruch eines Gebäudes, Abholzen eines Waldes), sondern auch Verschlechterungen oder Verringerungen des sonst zum Grundstück gehörigen, der Hypothekhaftung unterliegenden Bestandes (wie z. B. des Zubehörs eines Gutes; OLG 34, 213; nicht aber bezüglich der Mietzinsen, da sie nicht Grundstücksteil sind; OLG 18, 171).

3. Eine **die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung** (s. § 1133 A 1, 2) braucht noch nicht, wie im Falle des § 1133 (s. dort A 1), eingetreten zu sein. Es genügt die **Besorgnis** der Verschlechterung (OLG 10, 123; SeuffA 59 Nr 262), wie z. B. wenn der Eigentümer: mit dem Abholzen eines Waldes beginnt, einem anderen einen Wald zum Abholzen überläßt (vgl. **RG** Warn 1910 Nr 281), Zubehör eines Gutes verkauft, ohne Ersatzstücke anzuschaffen (M 3, 670; § 1135; **RG** Warn 1915 Nr 118; OLG 29, 359; 34, 213; 36, 178; SeuffA 59 Nr 262), ohne einen ersichtlichen wirtschaftlichen Zweck ein Gebäude abzubrechen anfängt, notwendige Einrichtungen eines Hauses mit der Absicht der Wegschaffung herausnimmt. Die Entblößung eines landwirtschaftlichen Grundstücks von den zur Fortführung der Wirtschaft notwendigen Erzeugnissen wird auch nicht dadurch zu einer berechtigten Maßnahme, daß gegen die Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft das gesamte Vieh veräußert und fortgeschafft worden ist (OLG 34, 213). — Ist eine gefährdende Verschlechterung bereits eingetreten, sind aber noch weitere Verschlechterungen zu besorgen, so stehen dem Gläubiger sowohl die Rechte aus § 1133 (OLG 12, 133) als auch die aus § 1134 zu (Prot 3, 569). — Ist die Sicherheit der Hypothek durch schuldhafte Verschlechterung seitens des Eigentümers oder eines Dritten gefährdet worden (vgl. § 1135 A 1), so kann für den Gläubiger, wenn er in der Zwangsversteigerung einen Ausfall erleidet, ein Schadensersatzanspruch aus § 823 gegen den Einwirkenden gegeben sein (**RG** 42, 170; 44, 186; 69, 91; 73, 335; JW 07, 332[10]; 10, 162[34]; Warn 1910 Nr 281, 403; 1915 Nr 118; 1917 Nr 17; Gruch 53, 1009; 55 S. 124, 664; SeuffA 65, 99; 66, 322; OLG 29, 358), wobei § 1134 als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs 2 zu gelten hätte (**RG** 73, 333; JW 09, 416[15]; OLG 26, 151). Hätte der Dritte wesentliche Bestandteile weggeschafft, so könnte er sich zur Abwendung des Schadensersatzanspruchs auch nicht auf einen Eigentumsvorbehalt berufen, da die Gegenstände trotz des Eigentumsvorbehalts nach §§ 93, 946 Eigentum des Grundstückseigentümers wären und daher der Haftung für die Hypothek unterliegen würden (**RG** 73, 335); es sei denn, daß er sich über seine Befugnis zur Wegnahme etwa in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befunden hätte (**RG** 73, 336; OLG 26, 151; 29, 359). Zum Nachweise eines erlittenen Schadens muß der ausgefallene Hypothekengläubiger in den vorbezeichneten Fällen dartun, daß, wenn die Verschlechterung nicht erfolgt wäre (z. B. Zubehörstücke nicht vom Grundstück fortgeschafft gewesen

wären, sondern sich zur Zeit des Zuschlags noch auf dem Grundstück befunden hätten), ein höheres Meistgebot erzielt worden wäre und demzufolge er eine Deckung auf seine ausgefallene Hypothek erhalten hätte (vgl. **RG** 73, 338; OLG 26 S. 150, 152). Ist der ausgefallene Hypothekengläubiger selbst Ersteher des Grundstücks, so muß er sich hierbei den etwaigen Mehrwert, den das Grundstück über sein Meistgebot hinaus hat, auf seinen Ausfall anrechnen lassen (**RG** 73, 340; OLG 29, 359).

4. Die **Klage auf Unterlassung** künftiger gefährdender Einwirkungen ist gegen den Einwirkenden (Eigentümer, Dritten, gegebenenfalls beide) zu richten (vgl. **RG** 44, 188). Das Gericht des belegenen Grundstücks ist ausschließlich zuständig (§ 24 ZPO). Die Vollstreckung erfolgt nach § 890 ZPO. — Ob die Hypothekenforderung fällig ist oder nicht, ist für die Begründung der Klage gleichgültig. Auch ist Beschlagnahme des Grundstücks für den Hypothekengläubiger nicht Voraussetzung der Klage (**RG** Warn 1910 Nr 403).

5. Abs 2 setzt Einwirkung (s. A 1—3) durch den **Eigentümer** voraus. Einwirkung durch einen Dritten gibt nur die Unterlassungsklage aus Abs 1, sofern nicht ein Fall nach Abs 2 Satz 2 vorliegt.

6. Die **zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln** sind vom Prozeßgericht entweder auf Klage des Gläubigers durch Urteil oder durch einstweilige Verfügung (§§ 935ff. ZPO) **anzuordnen** (**RG** JW 1912, 237[5]; SeuffA 56 Nr 127; OLG 36, 178). Sie können z. B. in einem Verbot der Veräußerung oder der Wegschaffung (s. A 3) bestehen (OLG 29, 359; 36, 178). Auch eine Sequestration (d. i. eine Verwahrung und Verwaltung durch einen Vertrauensmann, RJA 9, 133) kann gemäß § 938 Abs 2 ZPO angeordnet werden (SeuffA 56 Nr 127). Ferner ist, da die Art der erforderlichen Maßregel dem freien Ermessen des Gerichts unterliegt (vgl. § 938 Abs 1 ZPO), für zulässig zu erachten die Anordnung der Zwangsverwaltung mit der Bestimmung, daß die Vorschriften des ZVG über die Zwangsverwaltung (§§ 146ff.) entsprechend anzuwenden seien (RJA 9, 130; OLG 23, 235; auch **RG** 52, 140; JW 1912, 237[5]; Gruch 48, 352). — Vgl. auch § 25 ZVG für den Fall der Einwirkungen durch den Schuldner während des Zwangsversteigerungsverfahrens.

7. Als eine die Besorgnis gefährdender Verschlechterung rechtfertigende **Unterlassung von Vorkehrungen gegen Beschädigungen** kann z. B. angesehen werden: Vernachlässigung der Instandhaltung des Grundstücks, namentlich ungenügende Feldbestellung (M 3, 670); Nichterneuerung von Versicherungsverträgen zur Abwendung des durch Feuersgefahr drohenden Schadens (**RG** 52, 295; OLG 8, 6). Daß die Beschädigung oder die Unterlassung von Vorkehrungen auf Verschulden des Eigentümers beruht, ist nicht erforderlich. Auch Beschädigungen durch Naturereignisse können genügen.

§ 1135

Einer Verschlechterung des Grundstücks im Sinne der §§ 1133, 1134 steht es gleich[1]), wenn Zubehörstücke, auf die sich die Hypothek erstreckt[2]), verschlechtert oder den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider von dem Grundstück entfernt werden[3]).

E I 1074 II 1043; M 3 674; P 3 570.

1. Aus dieser **Gleichstellung mit einer Verschlechterung des Grundstücks** folgt: Wenn Zubehörstücke bereits verschlechtert oder unwirtschaftlich entfernt worden sind, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 1133 (Ablauf der zu setzenden Frist zur Verbesserung oder zur Zurückschaffung) sofort Befriedigung aus dem Grundstück suchen. Droht erst die Verschlechterung oder die Entfernung seitens des Eigentümers oder eines Dritten, so steht dem Gläubiger die Unterlassungsklage zu (§ 1134 Abs 1); wenn der Eigentümer der Einwirkende ist, sind auf Antrag des Gläubigers die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln anzuordnen (§ 1134 Abs 2). — Zur Ausübung dieser Rechte ist aber, wie aus der Bezugnahme auf die §§ 1133, 1134 sich ergibt, erforderlich, daß durch die bereits eingetretene bzw. zu besorgende Verschlechterung oder unwirtschaftliche Entfernung die Sicherheit der Hypothek gefährdet wird (**RG** 50, 72; OLG 36, 178). Dagegen bedarf es einer zuvorigen Beschlagnahme der Zubehörstücke nicht. — Hat der Eigentümer oder ein Dritter durch Verschlechterung oder unwirtschaftliche Entfernung (z. B. von maschinellen Gegenständen, die zum Betriebe der auf dem Grundstück befindlichen Fabrik notwendig sind; von totem oder lebendem Inventar eines Landgutes) schuldhaft das Hypothekenrecht verletzt (sog. kaltes Abbrennen), so kann für den an der Hypothek einen Ausfall erleidenden Gläubiger ein Schadensersatzanspruch aus § 823 BGB gegen den Täter gegeben sein (s. die Urteile in § 1134 A 3). Haben Dritte dem Eigentümer bei der Wegschaffung, wissend, daß dadurch der Wert des Grundstücks gemindert und die Sicherheit der Hypothek gefährdet werde, Beihilfe geleistet, so haften sie, auch wenn sich die Beteiligung eines jeden in verschiedenen Einzel-

handlungen vollzogen hat, für den ganzen Schaden als Gesamtschuldner mit dem Eigentümer gemäß § 830 Abs 1, 2 (RG Warn 1917 Nr 17). Vor Einleitung der Zwangsversteigerung steht dem Hypothekengläubiger ein Anspruch auf Zurückschaffung der Gegenstände zu (RG Warn 1910 Nr 403). Der Dritte könnte sich hierbei nicht mit Erfolg darauf berufen, daß der Eigentümer ihm die Gegenstände verkauft oder sonst seine Einwilligung in die Wegnahme erteilt habe, da, wenn er auch danach dem Eigentümer gegenüber zu der Wegschaffung berechtigt gewesen wäre, doch dem Hypothekengläubiger gegenüber die Wegschaffung widerrechtlich wäre (RG 44, 189; 73, 335; Gruch 55, 667; Warn 1915 Nr 118). Über den Schutz des Gläubigers gegen Pfändung von Zubehör vgl. § 1120 A 5. — Wer die Gewähr für die Sicherheit einer Hypothek übernommen hat, kann die Haftung für den Ausfall, den der Gläubiger bei der Zwangsversteigerung erleidet, insoweit ablehnen, als der Ausfall darauf zurückzuführen ist, daß der Gläubiger gegen Verwüstungen, die ihm bekanntgegeben sind, nicht Sicherungsmaßregeln (s. § 1134 A 6) getroffen hat (RG JW 1912, 237[5]).

2. **Zubehörstücke, auf die sich die Hypothek erstreckt,** sind nur solche, die zur Zeit der Hypothekbestellung oder nachher in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt (vgl. § 1120 A 5) und nicht nach §§ 1121, 1122 von der Haftung frei geworden sind. Getrennte Erzeugnisse, die nicht Zubehörstücke sind, sowie Miet- oder Pachtzinsforderungen stehen überhaupt nicht unter dem Schutze des § 1135, mögen sie auch nach §§ 1121 ff. für die Hypothek haften. In dieser Hinsicht kann sich der Gläubiger nur durch Beschlagnahme schützen (M 3, 674; OLG 18, 171).

3. Nur **unwirtschaftliche Entfernung** (vgl. RG Warn 1915 Nr 118; SeuffA 63, 66), nicht auch Veräußerung der Zubehörstücke wird vorausgesetzt, während nach §§ 1121, 1122 Zubehörstücke von der Haftung für die Hypothek nur dann frei werden, wenn sie entfernt und veräußert worden sind. — Vgl. auch §§ 24, 25 ZVG für den Fall der Entfernung durch den Schuldner während des Zwangsversteigerungsverfahrens. — Nach § 6 der (für die Dauer des Krieges und die Übergangsjahre erlassenen) BRVO über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken v. 15. 3. 18 kann die zuständige Behörde dem Eigentümer oder Besitzer von lebendem oder totem Inventar eines landwirtschaftlichen Grundstücks die Veräußerung oder Entfernung des Inventars oder einzelner Stücke untersagen, wenn hierdurch die ordnungsmäßige Bewirtschaftung des Grundstücks zum Schaden der Volksernährung gefährdet werden würde.

§ 1136

Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet[1]), das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten[2]), ist nichtig[3]).

E I 1077 II 1044; M 3 681 f.; P 3 573.

1. Nur auf eine **Verpflichtung** der fraglichen Art **dem Hypothekengläubiger gegenüber** findet § 1136 Anwendung (RG Warn 08 Nr 381). Der Eigentümer kann sich nach § 137 Satz 2 jedem Dritten gegenüber mit schuldrechtlicher Wirkung verpflichten, das Grundstück nicht zu veräußern und nicht weiter zu belasten. Nur eine dem Hypothekengläubiger gegenüber eingegangene Verpflichtung dieses Inhalts ist nichtig (KGJ 39 A 160). Daher findet § 1136 z. B. keine Anwendung, wenn der Eigentümer die Verpflichtung eingeht gegenüber einem Pächter oder demjenigen, von dem er das Grundstück käuflich erwirbt. Wird in solchen Fällen zugleich eine Hypothek für den anderen Teil bestellt (z. B. eine Restkaufgeldhypothek für den Verkäufer), so kommt es darauf an, ob nach dem Vertrage die Abrede zu der Hypothekbestellung derart in Beziehung gesetzt worden, daß anzunehmen ist, sie wäre überhaupt nicht getroffen worden, wenn nicht der andere Teil zugleich Hypothekengläubiger werden sollte (RG 55, 80; JW 1912, 145[23]; auch KGJ 39 A 159). Eine solche Beziehung ist z. B. nicht anzunehmen, wenn gegenüber dem Veräußerer, unter gleichzeitiger Bestellung einer Restkaufgeldhypothek oder einer Hypothek für eine im Falle der Zuwiderhandlung vom Käufer zu zahlende Vertragsstrafe, die Verpflichtung eingegangen wird, das Grundstück nur an Personen deutscher Nationalität (früher in den polnischen Landesteilen des preußischen Staates nicht an eine Person polnischer Nationalität) zu veräußern (RG 55, 78; 73, 17; Gruch 51, 807; Warn 1913 Nr 311; KGJ 42, 280; vgl. auch für den umgekehrten Fall des Verbots des Weiterverkaufs an einen anderen, als einen Nationalpolen RG 77, 419). Zu bemerken ist aber, daß auch derartige, nicht unter § 1136 fallende Verpflichtungen nach § 137 Satz 1, 2 nicht dingliche Wirkung haben, sondern nur persönliche zwischen den Vertragschließenden und daher die Eintragung der Verpflichtungen als dem jedesmaligen Grundstückseigentümer obliegenden Veräußerungsbeschränkungen in das Grundbuch unzulässig ist (vgl. RG 73, 18; KGJ 21 A 133; 29 A 246). — Ist die Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger übernommen, so macht es hinsichtlich ihrer Nichtigkeit keinen Unterschied, ob die Abrede schon zur Zeit der Hypothekbestellung oder erst später getroffen worden ist (RG Warn 08 Nr 381).

2. Eine **Verpflichtung, das Grundstück nicht zu veräußern,** im Sinne des § 1136 enthält auch die vom Eigentümer übernommene Verpflichtung, einem Hypothekengläubiger für den Fall des Verkaufs einen Gewinnanteil zu gewähren und das Grundstück nicht ohne seine Genehmigung zu veräußern, sofern die Gewinnbeteiligung Entgelt für die Gewährung eines Darlehns gegen Hypothekbestellung war (**RG** JW 1912, 145[23]). Eine Verpflichtung, das Grundstück **nicht weiter zu belasten,** liegt auch dann vor, wenn die weitere Belastung mit anderen dinglichen Rechten, als Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden (z. B. mit Reallasten) verboten sein soll. — Über unzulässige Vereinbarungen, durch die der Inhalt des Hypothekenrechts abweichend von dem gesetzlichen bestimmt wird, vgl. § 1149. — Zulässig dagegen ist, wie sich aus § 1179 ergibt, eine Vereinbarung, wonach der Eigentümer über die ihm anfallende Eigentümerhypothek nicht verfügen, sondern sie löschen lassen soll. Ferner ist zulässig die Festsetzung des Eintritts der Fälligkeit der Hypothek für den Fall der Veräußerung oder der weiteren Belastung des Grundstücks, da es sich dabei nur um Vereinbarung einer Rückzahlungsbedingung handelt.

3. **Nichtig** ist die Vereinbarung nicht nur gegenüber Dritten, was schon aus § 137 Satz 1 folgen würde, sondern gerade auch in dem schuldrechtlichen Verhältnisse zwischen Eigentümer und Gläubiger (Mot 3, 682; **RG** JW 1912, 145[23]). Letzterer kann also einer der Vereinbarung zuwider geschehenen Veräußerung oder Belastung nicht entgegentreten, auch einen Schadensersatzanspruch deswegen nicht geltend machen. — Ob die Nichtigkeit der Vereinbarung auch andere gleichzeitig getroffene Vertragsabreden nichtig macht, bestimmt sich nach § 139. Erfolgt die Vereinbarung gleichzeitig mit der Hypothekbestellung, so wird auch diese regelmäßig nichtig sein. Daher hat das Grundbuchamt die Eintragung der Hypothek abzulehnen. — Nichtig ist nach § 134 auch die Einigung über die Bestellung einer solchen Hypothek, die als eine dem § 1 des auf Grund des Art 107 EG erlassenen preuß. Ges., betr. die Zulassung einer Verschuldungsgrenze für land- und forstwirtschaftlich genutzte Grundstücke, v. 20. 8. 06 widersprechende Belastung sich darstellt (KGJ 46, 220). Ergibt sich für den Grundbuchrichter aus den vorhandenen Eintragungen (wobei nicht nur hypothekarische Rechte, sondern auch andere eingetragene Rechte in Betracht zu ziehen sind), daß durch die zu bewirkende neue Belastung die Verschuldungsgrenze überschritten wird, so darf er die Eintragung der Hypothek nicht vornehmen (KGJ 46, 220).

§ 1137

Der Eigentümer kann gegen die Hypothek[1]) die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung[2]) sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden[3]) geltend machen. Stirbt der persönliche Schuldner, so kann sich der Eigentümer nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Schuld nur beschränkt haftet[4]).

Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß dieser auf sie verzichtet[5]).

E I 1084 II 1045; M 3 696 ff.; P 3 580 ff.

1. § 1137 gewährt gewisse Einreden dem **Eigentümer gegen die Hypothek,** d. i. gegenüber der dinglichen Klage aus der Hypothek (**RG** 81, 85). Auf die persönliche Klage bezieht sich § 1137 ebensowenig wie auf die dingliche Klage gegen einen anderen als den Eigentümer (z. B. gegen einen das Hypothekenrecht beeinträchtigenden Dritten). Inwieweit Einreden insbesondere gegenüber der ersteren Klage zustehen können, bestimmt sich nach den Vorschriften des Rechtsgebiets, dem die gesicherte Forderung angehört, wie des Rechtes der Schuldverhältnisse, des Familienrechts, des Erbrechts, und nach den Vorschriften des allgemeinen Teiles. — Ferner betreffen die Einreden des § 1137 nur die der Hypothek zugrunde liegende Forderung. Weitere Einreden und Einwendungen (über den Unterschied vgl. § 886 A 2) können für den Eigentümer gegenüber der dinglichen Klage namentlich auf Grund seines persönlichen Rechtsverhältnisses zum Gläubiger, hinsichtlich des Bestehens des dinglichen Hypothekenrechts, bezüglich des Gläubigerrechts des Klägers gegeben sein. Aus dem besonderen persönlichen Rechtsverhältnis (nicht zu verwechseln mit dem persönlichen Schuldverhältnis) können Einreden z. B. dem von dem persönlichen Schuldner verschiedenen Eigentümer dahin zustehen, daß nach einer mit dem (dinglich klagenden) Gläubiger getroffenen Vereinbarung die Hypothek gegen ihn erst nach Ablauf einer bestimmten Frist oder nach Eintritt eines Ereignisses oder nicht eher, bis die Zwangsvollstreckung wegen der Hypothekenforderung gegen den persönlichen Schuldner fruchtlos ausgefallen sei, geltend gemacht werden dürfe oder der Gläubiger unter gewissen Bedingungen auf die Hypothek verzichten sollte. Derartige Einreden können vom Eigentümer nach § 1157 auch gegenüber einem Rechtsnachfolger des betreffenden Gläubigers geltend gemacht werden, soweit nicht der Erwerber durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs

geschützt ist. Dagegen kann sich der Eigentümer nicht auf Einreden berufen, die seinem Besitzvorgänger zustanden, da es sich um Rechte aus einem persönlichen Rechtsverhältnis handelt, die auf den Grundstückserwerber nicht übergehen; es sei denn, daß er Gesamtnachfolger ist oder sich auf eine Abtretung stützen kann (M 3, 700; vgl. § 1157 A 1). — Einwendungen sodann, die sich gegen das Bestehen des dinglichen Hypothekenrechts richten, sind z. B. solche, mit denen geltend gemacht wird: die Hypothek sei im Grundbuche nicht oder nicht richtig oder nicht vollständig (vgl. § 1115) eingetragen; die Einigung über die Hypothekbestellung sei nichtig (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit oder Verfügungsbeschränkung des Bestellenden, wegen Vorliegens eines Scheingeschäfts) oder zufolge Anfechtung (z. B. wegen Irrtums, Betrugs, Drohung) nichtig geworden (RG 68, 102; 89, 29); die Hypothek sei wegen Ausfalls einer aufschiebenden Bedingung, unter der sie bestellt worden, nicht entstanden oder zufolge Eintritts einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins erloschen. Hinsichtlich der Nichtigkeit zufolge Anfechtung ist jedoch zu bemerken, daß die Anfechtung von dem Anfechtungsberechtigten erklärt sein muß und daß vorher das für einen früheren Eigentümer (z. B. den Besteller der Hypothek) begründete Anfechtungsrecht nicht auf seinen Sondernachfolger übergeht (M 3, 698). Einem gutgläubigen, rechtsgeschäftlichen Erwerber der Hypothek können die Einwendungen gemäß § 892 nicht entgegengesetzt werden. — Weiter sind Einwendungen gegen das Gläubigerrecht des Klägers z. B.: die Hypothek stehe nicht dem Gläubiger zu, wiewohl er als Gläubiger eingetragen oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 legitimiert sei, sondern dem Eigentümer, weil die Forderung nicht entstanden (§ 1163 Abs 1 Satz 1; RG 68, 97; Warn 09 Nr 214) oder erloschen (§ 1163 Abs 1 Satz 2; RG 72, 377) oder auf den Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, zufolge Befriedigung des Gläubigers übergegangen (§§ 1143, 1153) oder bei einer Briefhypothek der Brief dem Gläubiger nicht vom Eigentümer übergeben sei (§ 1163 Abs 2) oder der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet habe (§ 1168), oder die Hypothek stehe zu dem persönlichen Schuldner nach Maßgabe des § 1164 oder einem Dritten zufolge Ausübung des Ablösungsrechts gemäß §§ 268, 1150. Jedoch ist der gutgläubige Erwerber der Hypothek auch gegen diese Einwendungen gemäß § 892 geschützt. — Sämtliche vorbezeichneten Einreden und Einwendungen können gegen alle Hypothekenarten, insbesondere auch gegenüber der dinglichen Klage aus einer Sicherungshypothek (§ 1184), gegeben sein. Desgleichen gegenüber Klagen aus Grundschulden und Rentenschulden (§§ 1192, 1200), ausgenommen die Einreden und Einwendungen, die sich gegen die Forderung richten, insbesondere also die Einreden aus § 1137. — Wegen des Rechtes des Eigentümers, im Falle des Bestehens dauernder Einreden vom Gläubiger Verzicht auf die Hypothek zu verlangen, vgl. § 1169. — Über Einrede der Rechtshängigkeit vgl. RG 52, 259 (gegenüber nochmaliger Klage des Zessionars); 54, 49 (wegen vorheriger Minderungsklage auf Teillöschung einer Kaufgelderhypothek).

2. Die **dem persönlichen Schuldner zustehenden Einreden gegen die Forderung** sind dem Eigentümer, auch wenn er nicht selbst der persönliche Schuldner ist, gegenüber der dinglichen Klage aus der Hypothek (s. A 1) wegen der grundsätzlichen Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung gewährt. Von den Einreden des § 1137 sind zu unterscheiden Einwendungen, durch die behauptet wird, die Forderung sei nicht entstanden oder erloschen (M 3, 698). Diese berühren das Hypothekenrecht selbst nicht, sondern richten sich nur gegen das Gläubigerrecht des Klägers (s. A 1; vgl. jedoch RG 68, 102; 91 223; Warn 09 Nr 214, wo angenommen ist, daß auch derartige Einwendungen, wie der Aufrechnung, der Minderung des Kaufpreises [§ 462] oder der Nichtigkeit des Kaufgeschäfts im Falle einer Hypothek für eine Kaufpreisforderung, unter § 1137 fallen). Im § 1137 sind vielmehr Einreden im engeren Sinne (s. § 886 A 2) gemeint, wonach der Schuldner berechtigt sein soll, die Befriedigung der an sich bestehenden Forderung dauernd oder zur Zeit zu verweigern (M 3, 699; vgl. bezüglich einer Hypothek, deren Forderung gemäß § 607 Abs 2 in eine Darlehnsforderung umgewandelt ist, RG 62, 51; JW 09, 460[17]). In Betracht kommen namentlich die Einreden: der Stundung der Forderung; des nicht erfüllten Vertrags, wenn die Hypothekenforderung durch einen gegenseitigen Vertrag begründet worden ist (§ 321); des Zurückbehaltungsrechts (§ 273) wegen eines Gegenanspruchs des Schuldners (RG 78, 32); der rechtskräftigen Abweisung der Klage wegen der Forderung gegen den persönlichen Schuldner; der Vereinbarung, daß die Forderung nicht klagbar sein solle (RG 67, 390). Ferner ist für den Fall, daß die Hypothekenforderung durch selbständiges Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 begründet worden ist, die (Bereicherungs-) Einrede aus § 812 Abs 2, daß ein rechtlicher Grund für das Anerkenntnis nicht vorhanden gewesen oder später weggefallen sei, hierher zu zählen (vgl. RG 86, 304). — Jedoch wird gegenüber dem gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerber der Hypothek die Geltendmachung solcher Einreden durch § 1138 eingeschränkt. — Ausgeschlossen ist die Einrede der Verjährung der Forderung hinsichtlich des Kapitalbetrags, da nach § 223 Abs 1 die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek besteht, den Gläubiger nicht hindert, seine Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen. Dagegen steht dem Eigentümer

gegenüber dem dinglichen (d. i. auf Befriedigung aus dem Grundstück gerichteten) Anspruch auf Rückstände an Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen gemäß § 223 Abs 3 die Einrede der Verjährung der Forderung zu (vgl. auch § 902 Abs 1 Satz 2 über Verjährung solcher dinglichen Ansprüche selbst). — Eine Ausnahmebestimmung gibt ferner Abs 1 Satz 2 bezüglich der Einrede der beschränkten Haftung des Erben des Schuldners (s. A 4). Weiter kann eine Einrede, daß durch Zwangsvergleich im Konkurse des Schuldners die Forderung herabgemindert sei, nicht geltend gemacht werden, da nach § 193 KO die Hypothek durch den Zwangsvergleich nicht berührt wird.

3. Ferner (s. A 2) sind dem Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, **die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden** deswegen gewährt, weil er zum persönlichen Schuldner in einem ähnlichen Verhältnisse steht wie der Bürge zum Hauptschuldner. Der Eigentümer kann danach (§ 770 Abs 1) die Befriedigung verweigern, solange dem persönlichen Schuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten (z. B. wegen Irrtums, Betrugs, Drohung). Das Anfechtungsrecht selbst steht ihm nicht zu; er hat nur die verzögerliche Einrede, bis das Anfechtungsrecht des persönlichen Schuldners (z. B. zufolge Ablaufs der Anfechtungsfrist, durch Verzicht, s. A 5) erloschen ist. Hat der Schuldner bereits die Anfechtung erklärt, so ist die Forderung nichtig (§ 142) und kann daher der Eigentümer einen Einwand gegen das Gläubigerrecht des Klägers erheben (s. A 1). In letzterer Hinsicht gilt gleiches, wenn die Forderung durch Aufrechnung seitens des Schuldners oder des Gläubigers getilgt ist (s. A 1). Vor der Aufrechnung, die der Eigentümer selbst nicht erklären kann, steht ihm ebenfalls die vorbezeichnete verzögerliche Einrede zu, solange sich der Gläubiger (nicht auch der Schuldner) durch Aufrechnung der Hypothekenforderung gegen eine fällige Forderung des Schuldners befriedigen kann (§ 770 Abs 2). — Die Einrede der Vorausklage (§§ 771 ff.) gegen den persönlichen Schuldner ist dem Eigentümer nicht gewährt. Ist dagegen die Hypothek für die Forderung aus einer Bürgschaftsübernahme bestellt, der Bürge also der persönliche Schuldner der gesicherten Forderung, so kann der Eigentümer die Einrede der Vorausklage gegen den Hauptschuldner als eine dem persönlichen Schuldner (Bürgen) zustehende Einrede (s. A 2) geltend machen.

4. Wie dem Bürgen (§ 768 Abs 1 Satz 2), so ist auch dem Eigentümer gegenüber der dinglichen Klage (s. A 1, 3) die **Einrede der beschränkten Haftung des Erben** des persönlichen Schuldners (§§ 1975 ff). versagt. Vgl. auch §§ 1971, 1990 Abs 2, 2016 (durch Aufgebot der Nachlaßgläubiger wird der Hypothekengläubiger nicht betroffen; Zwangs- und Arresthypothek nach Eintritt des Erbfalls).

5. Entsprechend der zugunsten des Bürgen (s. A 3) im § 768 Abs 2 gegebenen Vorschrift soll trotz **Verzichts des persönlichen Schuldners auf eine Einrede** diese dem Eigentümer, der nicht der persönliche Schuldner ist, erhalten bleiben. Streitig ist, ob Abs 2 auch auf „die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden" des Abs 1 Satz 1 (s. A 3) sich bezieht. Dies ist mit der herrschenden Meinung zu verneinen. Aus dem Wortlaute des Abs 2 und seinem Zusammenhange mit Abs 1 Satz 1 ergibt sich, daß die Bestimmung nur „die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden" des Abs 1 Satz 1 (s. A 2) betrifft (vgl. auch § 768 Abs 2 mit § 770, M 3, 669). Wenn also der Schuldner auf das ihm zustehende Anfechtungsrecht verzichtet oder durch Verfügung über seine Gegenforderung bewirkt, daß der Gläubiger die Hypothekenforderung nicht mehr aufrechnen kann (z. B. durch entsprechende Abrede mit dem Gläubiger, Einziehung der Gegenforderung), verliert der Eigentümer die in A 3 genannten verzögerlichen Einreden.

§ 1138

Die Vorschriften der §§ 891 bis 899 gelten für die Hypothek[1]) auch[2]) in Ansehung der Forderung[3]) und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden[4]).

E I 1083, 1085 II 1046; M 3 694 ff., 702 f.; P 3 580, 584 f.

1. Nur **für die Hypothek,** d. i. für das dingliche Recht, gilt die Bestimmung des § 1138, nicht auch für das persönliche Schuldverhältnis. Klagt also der Gläubiger nicht mit der dinglichen Klage aus der Hypothek (gegen den Eigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück), sondern mit der Klage aus dem Schuldverhältnis (gegen den persönlichen Schuldner), so steht ihm die Rechtsvermutung aus § 891 bezüglich Bestehens der Forderung nicht zur Seite, ebensowenig im Falle rechtsgeschäftlichen Erwerbs der Forderung von dem ursprünglichen Gläubiger der öffentliche Glaube des Grundbuchs gemäß § 892; vielmehr muß er das Bestehen der Forderung beweisen (RG 49, 8; 49, 367; 93, 237; JW 08, 658[8]) und sich alle Einwendungen entgegensetzen lassen, wie sie sonst einem persönlichen Schuldner gegenüber dem Gläubiger oder dessen Rechtsnachfolger (§ 404) zustehen (RG 49, 367; 93, 237; Warn 09 Nr 24; 1914 Nr 245). Dies gilt auch dann, wenn die Schuldklage mit der dinglichen Klage verbunden ist; die Entscheidung auf die beiden Klagen kann daher unter Um-

ständen verschieden ausfallen (RG 49, 367; Warn 1914 Nr 245). — Auf die Sicherungshypothek (§ 1184) findet § 1138 keine Anwendung (§ 1185 Abs 2). — Hinsichtlich der Geltung für ältere Hypotheken vgl. Artt 184, 192 EG u. RG 47, 229; 52, 101. — Auf das Recht am Versteigerungserlöse, das gemäß §§ 91, 92 ZVG an die Stelle der durch den Zuschlag des belasteten Grundstücks erloschenen Hypothek tritt, findet § 892 keine Anwendung. Vgl. hierüber § 892 A 3 Abs 1.

2. Die Vorschriften der §§ 891 ff. würden ohne die Bestimmung des § 1138 nicht **auch** in Ansehung der gesicherten Forderung, sondern nur in Ansehung des dinglichen Rechtes als solchem gelten.

3. **In Ansehung der Forderung** haben die **Vorschriften der §§ 891 bis 899,** wenn der dingliche Anspruch geltend gemacht wird (s. A 1), folgende Bedeutung:

a) Nach **§ 891** gilt die Rechtsvermutung für das Bestehen der Forderung, die sich aus dem Eintragungsvermerk oder aus der etwa in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergibt. Der klagende Gläubiger, der als solcher eingetragen oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 legitimiert ist, kann sich lediglich hierauf beziehen und braucht zur Begründung der Klage das Bestehen der Forderung weder näher darzulegen noch nachzuweisen. Der beklagte Eigentümer muß die Vermutung durch den Beweis entkräften, daß die Forderung nicht entstanden (z. B. das Darlehn nicht ausgezahlt) ist oder nicht mehr besteht (RG 49, 8; 68, 102; OLG 15, 109). Jedoch genügt es in ersterer Hinsicht, wenn der Eigentümer beweist, daß zur Zeit der Eintragung oder im Falle der Briefhypothek zur Zeit der Übergabe des Briefes die Forderung nicht entstanden war; eine spätere Entstehung muß der Gläubiger dartun (RG 49, 9). Bei vorangegangenem Darlehnsversprechen wird aber regelmäßig die tatsächliche Vermutung für die nachträgliche Darlehnshingabe sprechen (str.). Ferner genügt der Nachweis, daß aus dem im Grundbuch angegebenen Schuldgrunde eine Forderung nicht erwachsen ist. Behauptet dann der Gläubiger, der Schuldgrund sei unrichtig bezeichnet, die Hypothek sei für eine andere Forderung bestellt, so muß er dies und das Bestehen der betreffenden Forderung beweisen (RG 49, 302; 57, 321; JW 01, 92[38]; OLG 6, 124). Letzteres gilt auch, wenn der Gläubiger von vornherein die Unrichtigkeit des Schuldgrundes zugesteht; der Eigentümer ist dann eines Nachweises überhoben (RG 49, 9; 57, 321). Ist aber die gesicherte Forderung nach dem Grundbuch eine Darlehnsforderung, so trifft den Gläubiger nicht schon dann die vorbezeichnete Beweislast, wenn er zugesteht, ein bares Darlehn nicht gegeben zu haben. Denn nach § 607 Abs 2 kann eine Darlehnsforderung auch durch die Vereinbarung begründet werden, daß das aus einem anderen Rechtsgrunde geschuldete Geld als Darlehn geschuldet werden solle. Deshalb muß der Eigentümer trotz des genannten Zugeständnisses des Gläubigers beweisen, daß eine Umwandlungsabrede nicht getroffen sei oder daß eine Forderung, die in ein Darlehn umgewandelt sein könne, nicht bestehe oder daß die in die Abrede einbezogene Forderung tatsächlich nicht entstanden sei (vgl. RG 57, 322; JW 05, 318[4]; 06, 550[18, 19]; 1910, 576[8]; Warn 09 Nr 358; Gruch 49, 912; auch RG 56, 237; JW 06, 18[17]; Gruch 49, 916; 51, 941; s. jedoch RG 49, 9; 51, 45). Liegt ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 vor, so muß der Eigentümer ein solches gemäß § 812 Abs 2 entkräften (RG 57, 322; JW 1910, 704[3]; Gruch 49, 917). Ist der Eigentümer der angreifende Teil, klagt er z. B. auf Löschungsbewilligung, so trifft ihn zur Begründung der Klage in jedem Falle die volle Beweislast hinsichtlich des Nichtbestehens der Forderung (RG 49, 302; 57, 321; JW 02, 421[14]; 06, 18[17]; Warn 09 Nr 358). — Ist die Hypothek (versehentlich) gelöscht (oder bei Abschreibung des Grundstücks nicht mit übertragen, § 47 Abs 2 GBO), so wird nach § 891 Abs 2 vermutet, daß die Forderung nicht besteht. Der Gläubiger muß also bei der dinglichen Klage (anders bei der Schuldklage) nicht nur beweisen, daß die Forderung entstanden ist, sondern auch, daß sie noch besteht (str.).

b) Aus der Anwendung des **§ 892** folgt: Zugunsten des rechtsgeschäftlichen Erwerbers einer Hypothek, der als Gläubiger eingetragen oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 legitimiert ist, gilt nicht nur das dingliche Recht trotz rechtsunwirksamer Bestellung der Hypothek als rechtsgültig begründet (RG 69, 268), sondern auch die Forderung, selbst wenn sie nicht entstanden (z. B.: Baugelddarlehnsforderung, wenn wegen Nichtbeendigung des Neubaues Darlehn nicht weiter gewährt, vgl. RG 77, 157; im Falle einer Hypothek für eine Kaufpreisforderung zufolge Nichtigkeit des Kaufgeschäfts [Bordellhypothek], RG 91, 223; Gruch 50, 988; 58, 1023) oder inzwischen erloschen (z. B. durch Aufrechnung getilgt, im Falle einer Hypothek für eine Kaufpreisforderung zufolge Minderung des Kaufpreises verringert, RG 91, 223) war, (im Falle der dinglichen, nicht auch der Schuldklage) als bestehend, es sei denn, daß das Nichtbestehen der Forderung dem Erwerber zur Zeit des Erwerbs oder zur Zeit der Stellung des Antrags auf (die bei der Buchhypothek nach § 1154 Abs 3 erforderliche) Eintragung des Erwerbs bekannt oder aus dem Grundbuch ersichtlich ist (z. B. zufolge Vormerkung eines Minderungseinwandes wegen Mängel gegenüber einer Kaufgeldhypothek, Warn 09 Nr 214) oder bei Briefhypotheken aus dem Briefe (§ 1140) hervorgeht (vgl. RG 52, 260; 72, 377; Warn 09 Nr 24). Auch einem weiteren Rechtsnachfolger des Erwerbers kommt

dies zugute, und zwar selbst dann, wenn er bösgläubig ist (s. § 892 A 2). Hinsichtlich der Kenntnis des Bestehens von Einwendungen gegen die Hypothekforderung (z. B. von Gegenforderungen, wodurch die Hypothekforderung im Wege der Aufrechnung getilgt worden) ist zu bemerken, daß Kenntnis der Art und der wahrscheinlichen Berechtigung der Einwendungen notwendig ist und daß, ob dieses Erfordernis vorliegt, nach freier Würdigung der obwaltenden Verhältnisse zu prüfen ist (RG 78, 33; 21. 2. 06 V 475/05; 23. 12. 08 V 101/08; 2. 1. 09 V 95/08; 8. 3. 11 V 287/10). Auch ein trotz Kenntnis der den Einwendungen zugrunde liegenden Tatsachen bestehender Rechtsirrtum über das Nichtbestehen von Einwendungen kann die Kenntnis dieser ausschließen (Prot 6, 222; RG 91, 223; Gruch 58, 1023; JW 1911, 153[11]; Warn 1912 Nr 392; auch Gruch 50, 988; 58, 1023; vgl. § 1157 A 4); nur ist selbstverständlich nicht jeder vom Erwerber aufgestellten Behauptung, daß er sich im Rechtsirrtum befunden habe, ohne weiteres Glauben beizumessen, sondern zu prüfen, ob Anhaltspunkte für einen Rechtsirrtum gegeben sind (RG 91, 223; Gruch 58, 1023; JW 1911, 153[11]; Warn 1912 Nr 392). Vgl. hierüber auch § 892 A 10. — Eine Ausnahme bestimmt § 1159 bezüglich der Forderungen auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen sowie auf Erstattung von Kosten.

c) Die Anwendung des **§ 893** ergibt: Wie in Ansehung des dinglichen Hypothekenrechts so auch in Ansehung der gesicherten Forderung gilt im Falle der dinglichen (nicht auch der Schuldklage) der Gläubiger, der als solcher eingetragen oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 legitimiert ist, zugunsten des Eigentümers, der an ihn eine Leistung (auf die Forderung) bewirkt oder (hinsichtlich dieser) ein verfügendes Rechtsgeschäft mit ihm vornimmt (z. B. die Zahlungsbedingungen ändert), als der wahre Berechtigte, es sei denn, daß das Nichtbestehen der Berechtigung dem Eigentümer bekannt oder aus dem Grundbuch ersichtlich (z. B. ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen) ist oder bei der Briefhypothek aus dem Briefe (§ 1140) hervorgeht. Entsprechendes gilt, wenn der (wahre) Gläubiger ein Rechtsgeschäft mit dem als Eigentümer Eingetragenen, der nicht der wahre Eigentümer ist, vornimmt. Vgl. aber bezüglich der Kündigung § 1141 Abs 1 Satz 2, wonach es hierbei auf den guten Glauben des Gläubigers an das Eigentum des Eingetragenen nicht ankommt. Ist an einen früheren Gläubiger geleistet oder mit ihm ein Rechtsgeschäft vorgenommen, so finden hinsichtlich der Wirksamkeit gegenüber dem jetzigen Gläubiger die §§ 1156, 1157 Anwendung.

d) Nach den anzuwendenden **§§ 894 bis 899** kann ebenso, wie bezüglich des dinglichen Hypothekenrechts, der Eigentümer von dem Gläubiger oder dieser von jenem Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen, wenn das Grundbuch in Ansehung der Forderung mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht (§ 894), und kann ferner der Eigentümer, soweit dies erforderlich ist, zuvorige Eintragung des Gläubigers (§ 895) sowie bei der Briefhypothek Vorlegung des Briefes (§ 896) verlangen. Kosten der Berichtigung: § 897. Nicht Verjährung des Anspruchs: § 898. Schutz des Anspruchs gegenüber dritten Rechtserwerbern (§ 892 Abs 1 Satz 1) durch Eintragung eines Widerspruchs: § 899. Ist z. B. die Forderung nicht entstanden oder erloschen und steht daher gemäß § 1163 Abs 1 die Hypothek dem Eigentümer zu, so kann dieser Zustimmung zu seiner Eintragung als Inhaber vom Gläubiger verlangen und zur Sicherung dieses Anspruchs die Eintragung eines Widerspruchs veranlassen. Gleiches gilt hinsichtlich der Zustimmung zur Eintragung einer gegen die Forderung bestehenden Einwendung (bezüglich der „Einreden" nach § 1137 s. A 4). Eine Sondervorschrift hinsichtlich der Widerspruchseintragung bei einer Darlehnsbuchhypothek wegen des Einwandes der nicht erfolgten Darlehnshingabe gibt § 1139.

4. Über **die dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden** vgl. § 1137 A 2, 3. Auf Einwendungen gegen die Forderung, die sich nicht als solche „Einreden" kennzeichnen (s. § 1137 A 1), finden die §§ 891—899 aber ebenfalls Anwendung, indem die Geltung dieser Vorschriften „auch in Ansehung der Forderung" sie mitumfaßt (s. A 3 b—d). Bezüglich der fraglichen „Einreden" kommt namentlich in Betracht, daß sie gegenüber einem gutgläubigen Erwerber der Hypothek nach § 892 nicht wirksam sind, sowie daß der Eigentümer vom Gläubiger gemäß § 894 Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch ihre Eintragung verlangen und sich ihre Geltendmachung gegenüber dritten Rechtserwerbern nach §§ 892 Abs 1 Satz 1, 899 durch Eintragung eines Widerspruchs sichern kann.

§ 1139

Ist bei der Bestellung einer Hypothek für ein Darlehen die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen worden[1]**, so genügt zur Eintragung eines Widerspruchs**[2]**, der sich darauf gründet, daß die Hingabe des Darlehens unterblieben sei**[3]**, der von dem Eigentümer an das Grundbuchamt gerichtete Antrag**[2]**, sofern er vor dem Ablauf eines Monats nach der Eintragung der Hypothek gestellt wird**[4]**. Wird der Widerspruch innerhalb des Monats ein-**

getragen, so hat die Eintragung die gleiche Wirkung, wie wenn der Widerspruch zugleich mit der Hypothek eingetragen worden wäre[5]).

E I 1085, 1111 II 1047; M 3 703 f., 747 f.; P 3 584 f., 647.

1. Nur bezüglich der **Darlehnsbuchhypothek** gibt § 1139 eine Sondervorschrift gegenüber § 1138 (s. dort A 3d) zum Schutze des Eigentümers für den (regelmäßigen) Fall, daß die Darlehnshypothek eingetragen worden ist und also der eingetragene, aber nach § 1163 Abs 1 Satz 1 noch nicht wahre Gläubiger die Möglichkeit der Verfügung über die Hypothek erlangt hat, bevor das Darlehn ausgezahlt ist. Die Vorschrift gilt weder bezüglich einer Darlehnsbriefhypothek, bei der nach §§ 1117, 1154, GBO § 42 der Gläubiger erst mit der Übergabe des Briefes die Verfügungsmöglichkeit erlangt und daher der Eigentümer sich durch Zurückhaltung des Briefes schützen kann, noch bezüglich der Hypothek für eine andere Forderung. — Ferner findet § 1139 auf Sicherungshypotheken für ein Darlehn (§ 1184) nach § 1185 Abs 2 keine Anwendung.

2. **Zur Eintragung eines Widerspruchs genügt der Antrag des Eigentümers.** Eine Eintragungsbewilligung des Gläubigers oder eine einstweilige Verfügung, wie nach § 899, ist nicht erforderlich. Der bei dem Grundbuchamt zu stellende einseitige Antrag ist auf Eintragung eines Widerspruchs dahin zu richten, daß wegen Nichtzahlung des Darlehns die Hypothek nicht dem als Gläubiger Eingetragenen, sondern dem Antragsteller zustehe (§ 1163 Abs 1). Einer Form bedarf der Antrag (materiellrechtlich) nicht. Jedoch hat das Grundbuchamt die Eintragung nur dann vorzunehmen, wenn der Antrag in der Form des § 29 GBO gestellt ist, da es sich nicht um einen Verfahrensantrag im Sinne des § 13 GBO, sondern um eine zur Eintragung erforderliche Erklärung handelt (str.).

3. Nur wenn die **Einwendung der Nichtzahlung des Darlehns** durch Widerspruchseintragung gesichert werden soll, genügt der Antrag des Eigentümers. Hinsichtlich Sicherung anderer Einwendungen verbleibt es bei der Vorschrift des § 899 (s. § 1138 A 3d, 4).

4. Das einzige Erfordernis für die Rechtfertigung des Antrags ist, daß er **innerhalb Monatsfrist seit der Hypothekeintragung** gestellt wird. Eines Nachweises, daß das Darlehn tatsächlich nicht ausgezahlt ist, bedarf es nicht. Jedoch wird im Falle des Streites über die Darlehnshingabe an der Beweislast (vgl. hierüber § 1138 A 3) durch die Widerspruchseintragung nichts geändert, da diese dem Eigentümer nur die Geltendmachung des Einwandes gegenüber einem Hypothekerwerber sichert. — Wird der Antrag erst nach Ablauf der Frist gestellt, so kann der Widerspruch nur unter den Voraussetzungen des § 899 eingetragen werden.

5. Die **rückwirkende Kraft des innerhalb Monatsfrist eingetragenen** (nicht bloß beantragten) **Widerspruchs** zeigt sich (als Ausnahme von § 892) namentlich darin, daß der Einwand auch einem gutgläubigen Hypothekerwerber gegenüber selbst dann geltend gemacht werden kann, wenn der Erwerb in der Zeit zwischen der Hypothek- und der Widerspruchseintragung stattgefunden hat.

§ 1140

Soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief[1]) oder einem Vermerk auf dem Briefe[2]) hervorgeht[3]), ist die Berufung auf die Vorschriften der §§ 892, 893 ausgeschlossen[4]). Ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Briefe oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, steht einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruche gleich[5]).

E I 1116 II 1048; M 3 756; P 3 659.

1. **Stimmen Grundbuch und Hypothekenbrief nicht überein,** so ist in der Regel der Inhalt des Grundbuchs maßgebend (s. § 1116 A 1). Der Hypothekengläubiger kann sich daher auf den ihm dem Grundbuch gegenüber günstigeren Inhalt des Hypothekenbriefs nicht berufen. Insbesondere muß er alle aus dem Grundbuch ersichtlichen Einwendungen gegen sich gelten lassen, auch wenn der Hypothekenbrief nichts davon enthält (vgl. **RG** 76, 378; auch 81, 86; RJA 12, 261). Nur zuungunsten des Hypothekengläubigers sind im § 1140 von jenem Grundsatz abweichende Bestimmungen gegeben (OLG 12, 168). — Nach § 1157 gelten sie auch für die dort bezeichneten Einreden des Eigentümers gegen den bisherigen Gläubiger. — Um Unstimmigkeiten zwischen Brief und Grundbuch möglichst zu verhüten, sind in der GBO die Vorschriften der §§ 42, 62 (Vorlegung des Briefes, Vermerk der Eintragungen darauf) gegeben. Vgl. auch § 68 Abs 2 GBO (Übertragung der Vermerke auf einen neuen Brief).

2. Ein nachträglicher **Vermerk auf dem Hypothekenbriefe,** aus dem die Unrichtigkeit des Grundbuchs hervorgeht, steht dem vom Grundbuchamte dem Brief ursprünglich gegebenen

Inhalte gleich, auch wenn er nicht ein amtlicher (vgl. § 62 GBO), sondern ein formloser Privatvermerk und gleichviel von wem er auf den Brief gesetzt worden ist; z. B. kann ihn der Eigentümer auf den Brief setzen, um Einwendungen, die aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind, sich zu erhalten. In Betracht kommt besonders der Vermerk über eine Teilzahlung (§ 1145). Der Gläubiger ist bei teilweiser Befriedigung durch den Eigentümer, einen Ablösungsberechtigten oder den persönlichen Schuldner nach Maßgabe der §§ 1145, 1150 (268), 1167 dem Befriedigenden gegenüber zu einem entsprechenden Vermerke auch verpflichtet.

3. Aus dem Brief oder dem Vermerk **geht die Unrichtigkeit des Grundbuchs hervor,** wenn bei Unterstellung der Richtigkeit des ursprünglichen Briefinhalts oder des nachträglichen Vermerks das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht, gleichviel, ob nach dieser Richtung eine bestimmte Tatsache angeführt ist (z. B. Leistung einer Abschlagszahlung, Erlaß eines gerichtlichen Veräußerungsverbots) oder sich sonst eine Abweichung des Briefinhalts von dem Buchinhalt ergibt (z. B. der Brief lautet der Hypothekbestellung entsprechend über eine Hypothek von 3000 M., das Grundbuch über eine solche von 5000 M.).

4. Die **Ausschließung der Berufung auf die Vorschriften der §§ 892, 893** bedeutet: Falls das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht (§ 892 Abs 1 Satz 1) und dies aus dem Brief oder einem Vermerk darauf hervorgeht oder falls mit dem als Eigentümer Eingetragenen ein verfügendes Rechtsgeschäft von dem Gläubiger vorgenommen wird (§ 893) und aus dem Briefinhalt sich der wahre Eigentümer ergibt, kann der rechtsgeschäftliche Erwerber der Hypothek oder eines Rechtes daran bzw. der verfügende Gläubiger den Inhalt des Grundbuchs auch dann nicht als richtig für sich geltend in Anspruch nehmen, wenn gegen die Unrichtigkeit ein Widerspruch nicht eingetragen und ihm auch die Unrichtigkeit nicht bekannt gewesen ist. Ferner muß der rechtsgeschäftliche Erwerber Verfügungsbeschränkungen (§ 892 Abs 1 Satz 2), die auf dem Brief vermerkt sind, gegen sich gelten lassen, auch wenn sie aus dem Grundbuch nicht ersichtlich und ihm nicht bekannt gewesen sind. Auf die Kenntnis von dem Briefinhalt kommt es nicht an. Dabei ist aber zu bemerken, daß der Briefinhalt nicht, wie der Grundbuchinhalt gemäß § 891, die Vermutung der Richtigkeit für sich hat. Vielmehr muß von demjenigen, der sich auf den vom Grundbuch abweichenden Briefinhalt beruft, bewiesen werden, daß dieser Inhalt der wirklichen Rechtslage entspricht, dagegen das Grundbuch unrichtig ist. — Das Grundbuchamt wird jedoch eine Eintragung in bezug auf eine Hypothek, die sich mit dem Briefinhalt in Gegensatz stellen würde, ohne weiteres abzulehnen haben.

5. Aus der **Gleichstellung des verbrieften Widerspruchs mit dem gebuchten** folgt, daß durch ersteren die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ausgeschlossen wird (§ 892 Abs 1 Satz 1), auch wenn der Widerspruch in das Grundbuch nicht eingetragen ist.

§ 1141

Hängt die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung ab, so ist die Kündigung für die Hypothek nur wirksam[1]), wenn sie von dem Gläubiger[2]) dem Eigentümer oder von dem Eigentümer[3]) dem Gläubiger[2]) erklärt wird. Zugunsten des Gläubigers gilt derjenige, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, als der Eigentümer[4]).

Hat der Eigentümer keinen Wohnsitz im Inland oder liegen die Voraussetzungen des § 132 Abs 2 vor[5]), so hat auf Antrag des Gläubigers das Amtsgericht, in dessen Bezirke das Grundstück liegt, dem Eigentümer einen Vertreter zu bestellen[6]), dem gegenüber die Kündigung des Gläubigers erfolgen kann.

E I 1079 II 1049; M 3 687 ff.; P 3 574 ff

1. Die **Wirksamkeit der Forderungskündigung für die Hypothek,** d. i. für die Geltendmachung des dinglichen Anspruchs gegen den Eigentümer auf Befriedigung aus dem Grundstück, wird durch § 1141 ausgeschlossen, wenn die Kündigung von dem persönlichen Schuldner, der nicht zugleich der Eigentümer ist, dem Gläubiger oder von diesem jenem erklärt wird. Jedoch für die Forderung selbst, also im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem persönlichen Schuldner, ist eine solche Kündigung wirksam (vgl. OLG 18, 172). Die hierdurch dem Schuldner gegenüber eingetretene Fälligkeit der Forderung berechtigt auch den Eigentümer gemäß § 1142, den Gläubiger zu befriedigen. — Ist die Kündigung gemäß § 1141 erklärt und also für die Hypothek wirksam, so wirkt sie auch für und gegen einen späteren Erwerber des Grundstücks sowie für und gegen einen späteren Rechtsnachfolger des Gläubigers, selbst wenn sie diesen nicht bekannt und im Grundbuch, in das die Tatsache der Kündigung überhaupt nicht

gehört, nicht eingetragen gewesen ist (RG Warn 1911 Nr 244; vgl. OLG 30, 197). Denn die Kündigung, von der die Fälligkeit der Forderung nach Gesetz (wie z. B. beim Darlehn, § 609) oder Rechtsgeschäft abhängt, steht gleich der Erfüllung einer Bedingung, die eingetragen oder unmittelbar durch das Gesetz bestimmt ist (M 3, 689). Nach § 1156 muß ferner der Rechtsnachfolger des Gläubigers auch eine erst nach der Übertragung der Hypothekenforderung dem bisherigen Gläubiger gegenüber vom Eigentümer erklärte Kündigung gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen war. Über Wirksamkeit der Kündigung gegenüber dem Ersteher des Grundstücks vgl. § 54 ZVG. — Anderseits ist eine gemäß § 1141 (zwischen Eigentümer und Gläubiger) erklärte Kündigung nicht gegenüber dem persönlichen Schuldner wirksam, so daß diesem gegenüber die Forderung dadurch nicht fällig wird. — Auf Sicherungshypotheken (§ 1184) findet § 1141 keine Anwendung (§ 1185 Abs 2). Da hier die Fälligkeit des dinglichen Anspruchs durch die Forderung bedingt ist, muß die Kündigung zwischen dem persönlichen Schuldner und dem Gläubiger erklärt werden. Hinsichtlich der Grundschuld und der Rentenschuld vgl. die Sondervorschriften der §§ 1193, 1201, 1202, und hinsichtlich der Eigentümergrundschuld vgl. § 1177 Abs 1. — Eine Form der Kündigung ist nicht vorgeschrieben. Sie kann auch durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers (§ 132 Abs 1) sowie durch Klagerhebung (RG 53, 212; JW 03, 238[3]; 08, 270[4]) erfolgen. Einer Annahme bedarf sie zur Wirksamkeit nicht (§ 130). Sie ist nicht einseitig widerruflich, behält vielmehr ihre Wirkungen für die Gestaltung des Rechtsverhältnisses bis zur Aufhebung mit beiderseitigem Willen und wirkt nicht nur gegen den Gekündigten, sondern auch gegen den Kündigenden selbst: Der Gekündigte kann sich auf die durch die Kündigung herbeigeführte Fälligkeit berufen und braucht sich eine einseitige Zurücknahme nicht gefallen zu lassen (RG Gruch 55, 673). — Über die Voraussetzungen und den Verlust des von unpünktlicher Zinszahlung abhängigen Kündigungsrechts vgl. RG JW 03 Beil 23; Warn 08 Nr 283; 1913 Nr 223; Gruch 48, 817; 55, 672; OLG 15, 376. Über Verbot oder Beschränkung der Kündigungsausschließung durch die Landesgesetzgebung vgl. Art 117 Abs 2 EG, der nicht nur dingliche hypothekarische Rechte betrifft, sondern auch schuldrechtliche Hypothekenforderungen umfaßt (OLG 26, 200). — Wird durch Vereinbarung zwischen Eigentümer und Hypothekengläubiger die Fälligkeit der Hypothek geändert, ohne daß die Änderung in das Grundbuch eingetragen wird, so wirkt die Vereinbarung nicht gegenüber dem späteren Erwerber des Grundstücks, es sei denn, daß in der Vereinbarung eine Kündigung enthalten ist (RG Warn 1911 Nr 244).

2. Die Kündigung kann **von dem oder an den Gläubiger** wirksam erfolgen, der als solcher im Grundbuch eingetragen ist oder bei der Briefhypothek gemäß § 1155 sich ausweist. Auch wenn das Grundbuch oder die Urkunden des § 1155 bezüglich seines Gläubigerrechts unrichtig sind, muß der wahre Gläubiger die Kündigung nach §§ 893, 1138 zugunsten des Eigentümers gelten lassen, es sei denn, daß zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer die Unrichtigkeit bekannt oder ein Widerspruch gegen das Gläubigerrecht eingetragen war. Bei der Briefhypothek geben die §§ 1160, 1161 Sondervorschriften bezüglich des Nachweises der Berechtigung des kündigenden Gläubigers, insbesondere der Verpflichtung zur Vorlegung des Hypothekenbriefs. Sind mehrere Personen Gläubiger, so muß die Kündigung von allen und an alle gemeinschaftlich erfolgen, es sei denn, daß sie Gesamtgläubiger sind (§§ 428, 432). — Über Kündigung einer Hypothek: die verpfändet ist, vgl. §§ 1283, 1284, 1286, 1291; an der ein Nießbrauch besteht, vgl. §§ 1074, 1077, 1080; die zum Eingebrachten der Ehefrau gehört, vgl. §§ 1398, 1403; die zum ehelichen Gesamtgute gehört, vgl. §§ 1443, 1520 Abs 2, 1549, 1551 Abs 2; seitens des Vorerben vgl. § 2114.

3. Da die Kündigung für die Hypothek nur dann wirksam ist, wenn sie **dem Eigentümer oder von dem Eigentümer** erklärt worden ist, muß, wenn das Grundstück rechtsgeschäftlich veräußert worden ist, der Erwerber, damit eine Kündigung ihm gegenüber oder durch ihn wirksam ist, Auflassung erhalten haben und als Eigentümer eingetragen worden sein (OLG 34, 214). Jedoch ist, wenn der Erwerber eine vorher ihm gegenüber von dem Gläubiger erklärte Kündigung nicht zurückweist, sondern ausdrücklich oder auch nur stillschweigend billigt und er demnächst als Eigentümer eingetragen wird, die Kündigung als von Anfang an wirksam zu erachten (vgl. OLG 34, 214). Bei der Gesamthypothek (§ 1132) ist die Kündigung nur für und gegen den Eigentümer wirksam, in dessen Person sie eintritt (vgl. § 425 Abs 2). Besteht an dem belasteten Grundstück Miteigentum nach Bruchteilen, so muß gemäß §§ 741, 744, 747 von allen Miteigentümern und an alle gemeinschaftlich gekündigt werden (KJA 12, 151). Bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand (Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft) bestimmt sich die Berechtigung zur Kündigung und zu deren Entgegennahme nach dem betreffenden Rechtsverhältnis (KJA 12, 151). Unzulässig ist daher die Eintragung, daß im Falle des Übergangs des Eigentums auf eine Mehrheit von Personen jede gegenüber einem der neuen Eigentümer (Miteigentümer, Gemeinschafter) erklärte Kündigung auch gegen die übrigen Eigentümer wirken soll (KJA 12, 150).

4. Abweichend von §§ 893, 1138 **gilt zugunsten des Gläubigers der im Grundbuch eingetragene Nichteigentümer als Eigentümer,** auch wenn zur Zeit der Kündigung dem Gläubiger das Nichteigentum des Eingetragenen bekannt oder ein Widerspruch gegen die Eigentumseintragung eingetragen war (OLG 18, 172). Der wahre Eigentümer muß also die dem Bucheigentümer gegenüber vom Gläubiger oder diesem gegenüber von jenem erklärte Kündigung gelten lassen, während der Gläubiger die Kündigung des Bucheigentümers nicht als für ihn wirksam anzuerkennen braucht. Sind daher z. B. gütergemeinschaftliche Eheleute als Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks eingetragen, so ist (nach § 1443) die Kündigung der Hypothek an den Ehemann, auch wenn die Ehefrau verstorben ist, (gegenüber dem Manne und den Erben) wirksam (OLG 18, 172).

5. **Die Voraussetzungen des § 132 Abs 2 liegen vor,** wenn der Gläubiger sich über die Person des Eigentümers in einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis befindet oder der Aufenthalt des Eigentümers unbekannt ist.

6. **Die Bestellung eines Vertreters des Eigentümers** überhebt den Gläubiger der Verzögerung durch eine öffentliche Zustellung (§ 132 Abs 2). Das Verfahren der Bestellung regelt sich nach den §§ 1ff., 11, 12, 16 RFGG.

§ 1142

Der Eigentümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen[1]), wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden[2]) oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist[3]).

Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen[4]).

E I 1080, 1082 II 1050; M 3 689 f., 693 f.; P 3 577, 579, 767; 4 602 f.

1. Unter den im Abs 1 bestimmten Voraussetzungen soll der vom persönlichen Schuldner verschiedene (a. M. OLG 10, 123) **Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers berechtigt** sein, um ihm die Abwendung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 1147) zu ermöglichen. Verpflichtet ist er zu der Befriedigung nicht. Aus dem Recht zur Befriedigung folgt, daß der Gläubiger diese auch dann nicht ablehnen kann, wenn der persönliche Schuldner widerspricht. § 267 Abs 2 (Widerspruch des Schuldners im Falle der Leistung durch einen Dritten) findet hier keine Anwendung (**RG** Warn 09 Nr 348). Der Eigentümer kann ferner, ebenso wie der Schuldner, den Gläubiger auch durch ein nur wörtliches Angebot gemäß § 295 in Annahmeverzug setzen (**RG** Warn 09 Nr 348). — Die Wirkung der Befriedigung ist nach §§ 1143, 1153, daß der (vom persönlichen Schuldner verschiedene) Eigentümer die Forderung mit der Hypothek erwirbt. — Ein Dritter kann den Gläubiger nur nach Maßgabe des § 267 an Stelle des Schuldners befriedigen. Ein Recht zur Befriedigung mit der Wirkung des Hypothekerwerbs hat er nicht, es sei denn, daß ihm ein Ablösungsrecht nach §§ 268, 1150 zusteht. — § 1142 gilt für alle Hypothekenarten. Nach § 1192 auch für die Grundschuld (s. hierüber A 4). Über die Wirkung der Befriedigung des Grundschuldgläubigers vgl. § 1143 A 6. — Eine Verpflichtung des Eigentümers zur Befriedigung (sog. Realobligation) besteht nicht (vgl. § 1113 A 6; OLG 1, 260; 9, 65). Daher ist auch die Eintragung einer Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers, die Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen zu befriedigen, unzulässig (RJA 11, 156).

2. Wann **die Forderung dem Eigentümer gegenüber fällig geworden ist,** bestimmt sich nach dem durch Gesetz (vgl. §§ 271, 609, 614, 771 ff.) oder Rechtsgeschäft hinsichtlich des Eintritts der Fälligkeit geregelten Inhalt der Forderung. Hängt die Fälligkeit von einer Kündigung ab, so muß diese gemäß § 1141 von dem oder an den Eigentümer erfolgt sein.

3. **Wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist,** besteht das Befriedigungsrecht des Eigentümers selbst im Falle einer dem § 1141 nicht entsprechenden (s. A 2) und daher dem Eigentümer gegenüber unwirksamen Kündigung, von der die Fälligkeit abhängt. Nach der Auslegungsregel des § 271 Abs 2, die aber bei Hypothekenforderungen ihrer Natur nach in der Regel nicht Platz greifen wird, ist der Schuldner im Zweifel auch schon vor der für die Leistung (durch Gesetz oder Rechtsgeschäft) bestimmten Zeit zur Bewirkung der Leistung berechtigt (OLG 28, 90).

4. Daß die **Befriedigung** auch **durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung** seitens des Eigentümers erfolgen kann, ist im Abs 2 zur Vermeidung von Zweifeln bestimmt, weil die Leistung hier nicht sowohl die Tilgung einer Schuld als vielmehr die Erwerbung einer Forderung (s. A 1) bezweckt (M 3, 694). Zugleich enthält Abs 2 hinsichtlich der Aufrechnung eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß ein Dritter eine ihm fremde Schuld wider Willen des Gläubigers nicht durch selbständige Erklärung der Aufrechnung tilgen kann (§ 387; **RG** 78, 384). Der Eigentümer kann danach auch, wenn er mit der dinglichen Klage aus der Hypothek belangt wird, eine ihm zustehende persönliche Forderung gegen den Hypotheken-

gläubiger einredeweise zur Aufrechnung stellen. Für die Hinterlegung sind die §§ 372ff., für die Aufrechnung die §§ 387ff. maßgebend. Der Eigentümer kann daher insbesondere (§ 387) nur mit einer ihm selbst zustehenden Gegenforderung aufrechnen. Auf Grund einer Aufrechnungsbefugnis des persönlichen Schuldners steht ihm nach §§ 1137, 770 Abs 2 nur eine verzögerliche Einrede zu (s. § 1137 A 3). Im Falle des Konkurses über das Vermögen des Gläubigers sind für die Zulässigkeit der Aufrechnung die §§ 53, 55 KO maßgebend. — Auch gegenüber einer Grundschuld kann der Eigentümer in gleicher Weise mit einer persönlichen Forderung aufrechnen, da § 1142 gemäß § 1192 auf die Grundschuld entsprechend anzuwenden ist (Prot 4, 505; **RG** 78, 409; JW 1910, 704[2]; Gruch 58, 1038; Warn 1914 Nr 323); selbst wenn die Grundschuld zu einer Konkursmasse gehört (**RG** JW 1910, 704[2]; Gruch 58, 1038). — Dagegen ist der Gläubiger einer Hypothek oder Grundschuld nicht berechtigt, eine Gegenforderung des Eigentümers (der nicht persönlicher Schuldner ist) wider dessen Willen zur Aufrechnung zu ziehen, da er aus dem dinglichen Hypothekenrecht nicht einen Anspruch auf Zahlung schlechthin gegen den Eigentümer hat, sondern ihm nach §§ 1113, 1147, 1192 nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung zusteht, mithin der Anspruch und die Gegenforderung nicht im Sinne des § 387 auf gleichartige Leistungen gerichtet sind. Dies bestätigen auch die §§ 592 Satz 2, 688 Abs 1 Satz 2, 794 Nr 5 Satz 2 ZPO, in denen die Gleichstellung des Anspruchs aus einer Hypothek mit dem Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme für die betreffenden Verfahren besonders bestimmt worden ist (Prot 4, 603; **RG** Warn 1914 Nr 323; OLG 12, 305). — Eine Aufrechnung des Eigentümers mit nur einem Teil der Gegenforderung ist in Anbetracht des den §§ 266, 242 zugrunde liegenden Rechtsgedankens für unstatthaft zu erachten, weil sich für den Gläubiger namentlich zufolge Vervielfältigung der ihm nach §§ 1144, 1145 Satz 2 obliegenden Verpflichtungen erhebliche Belästigungen durch die stückweise erfolgende Befriedigung ergeben würden (**RG** 79, 359; OLG 28, 90).

§ 1143

Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner[1]), so geht, soweit[2]) er[3]) den Gläubiger[4]) befriedigt[5]), die Forderung auf ihn über[6]). Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 Abs 1 finden entsprechende Anwendung[7]).

Besteht für die Forderung eine Gesamthypothek, so gelten für diese die Vorschriften des § 1173[8]).

E I 1094, 1095 II 1051; M 3 725 ff.; P 3 607 f., 631 ff.

1. § 1143 findet nur dann Anwendung, wenn **der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner** ist (**RG** 81, 77), er z. B. in dem Kaufvertrage mit dem früheren Eigentümer und persönlichen Schuldner zwar die Hypothek übernommen, aber der Gläubiger die Schuldübernahme nicht gemäß §§ 415, 416 genehmigt hat (**RG** 80, 319; KGJ 27 A 279; RJA 5, 213; s. jedoch A 3 a. E.). Ist er selbst der persönliche Schuldner, so erlischt gemäß § 362 die Forderung durch die Befriedigung in der Regel und geht auf ihn gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 nur das dingliche Recht als Grundschuld über (**RG** 80, 319). Hat er jedoch als Gesamtschuldner oder als Mitbürge für die Schuld Hypothek bestellt, so geht auf ihn durch die Befriedigung nach §§ 426 Abs 2, 774 Abs 2 die Forderung und somit nach §§ 412, 401, 1153 Abs 1 auch die Hypothek insoweit über, als er von den übrigen Schuldnern oder von den Mitbürgen Ausgleichung verlangen kann; im übrigen erlischt die Forderung auch in diesem Falle und erlangt er ebenfalls nur das dingliche Recht als Grundschuld (vgl. KGJ 50, 209; s. auch A 3). Sind Eigentümer Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft, also Gemeinschafter zur gesamten Hand, und befriedigt einer der Miterben den Gläubiger nicht aus Mitteln des Nachlasses für diesen, sondern aus eigenen Mitteln in eigenem Namen, so geht, wenn der Erblasser persönlicher Schuldner war, die Forderung mit der Hypothek, da die Erben nach § 2058 für die gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit als Gesamtschuldner haften, in Höhe des dem Befriedigenden gegen seine Miterben zustehenden Ausgleichungsanspruchs auf den Befriedigenden über, im übrigen erlischt die Hypothekenforderung und fällt die Hypothek als Grundschuld der Erbengemeinschaft zu (vgl. KGJ 50, 208).

2. **Soweit** der Gläubiger befriedigt wird, tritt der Forderungsübergang ein. Bei teilweiser Befriedigung also hinsichtlich des Teilbetrags. Auch die Leistung von Tilgungsbeiträgen auf Amortisationshypotheken, für die der zahlende Eigentümer nicht persönlich haftet, bewirkt Übergang der Forderung in Höhe der gezahlten Beträge, da die Tilgungsbeiträge, auch wenn sie als Zuschläge zu den Zinsen festgesetzt werden, nicht neben dem Kapitale, sondern als Kapitalteile zu dessen allmählicher Tilgung zu entrichten sind (vgl. **RG** 54, 92; RJA 3, 138; KGJ 26 A 147; § 21 HypBankG v. 13. 7. 99). Anderes kann jedoch auf Grund des Vorbehalts für

die Landesgesetzgebung im Art 167 EG für landschaftliche oder ritterschaftliche Pfandbriefhypotheken gelten, wenn nach der Satzung die Tilgungsbeiträge zu einer Tilgungsmasse anzusammeln sind. Vgl. hierüber **RG** 27, 219; Gruch 32, 402; KGJ 20 A 206, 319. Betrifft die Befriedigung nur Rückstände von Zinsen und sonstigen Nebenleistungen oder Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, so findet insoweit zwar auch Übertragung der Forderung auf den Eigentümer statt, aber die Hypothek für diesen Forderungsteil erlischt hier gemäß § 1178 Abs 1. — Durch die teilweise Befriedigung erlangt der Eigentümer die Rechte aus §§ 1144, 1145 hinsichtlich der Urkunden zur Berichtigung des Grundbuchs, des Vermerks der Teilbefriedigung auf dem Hypothekenbrief und der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs. Der dem Gläubiger verbleibende Rest der Hypothek hat aber den Vorrang vor dem auf den Eigentümer übergehenden Teil, weil nach §§ 1143 Abs 1 Satz 2, 774 Abs 1 Satz 2, 1176 der Übergang nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden kann.

3. Voraussetzung für den Forderungsübergang ist, daß der **Eigentümer,** der nicht persönlicher Schuldner (s. A 1), der Befriedigende ist. Daß er (z. B. der Erbe des bisherigen Eigentümers) als Eigentümer eingetragen, ist nicht erforderlich. Für den Fall demnächstiger Verfügung über die Hypothek vgl. §§ 40, 41 GBO. Auf die Befriedigung durch einen früheren oder einen zukünftigen Eigentümer (der z. B. das Grundstück gekauft, aber noch keine Auflassung erhalten hat) findet § 1143 ebensowenig Anwendung wie auf die Befriedigung durch einen sonstigen Dritten (KGJ 26 A 303; RJA 4, 233). Regelmäßig erlischt in diesen Fällen die Forderung (§ 267; vgl. **RG** 94, 90; 96, 139) und erlangt der Eigentümer das dingliche Recht als Grundschuld (§§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1; **RG** 93, 236), gleichviel, ob der Dritte (z. B. der frühere Eigentümer) persönlicher Schuldner ist oder nicht. Nur ausnahmsweise geht die Forderung und damit zugleich die Hypothek (§§ 412, 401, 1153) auf den befriedigenden Dritten über (KGJ 41, 251). Dies ist der Fall (vgl. **RG** 96, 139), wenn der Dritte: persönlicher Schuldner ist und er vom Eigentümer (z. B. im Falle der vom Gläubiger nicht genehmigten Schuldübernahme, s. A 1) Ersatz verlangen kann (§ 1164; **RG** 93, 236; KGJ 26 A 303); Ablösungsberechtigter nach Maßgabe der §§ 268, 1150 ist (**RG** 53, 404; 93, 237); zugleich mit dem Eigentümer Gesamtschuldner oder Mitbürge ist und er von dem Eigentümer Ausgleichung verlangen kann (§§ 426 Abs 2, 774 Abs 2; **RG** 93, 237; KGJ 26 A 150; 28 A 124; s. auch A 1); Bürge und der Eigentümer Hauptschuldner ist (§ 774 Abs 1; vgl. **RG** 53, 403; 93, 236; KGJ 26 A 150; RJA 12, 251); als nicht unbeschränkt haftender Erbe des Eigentümers im Nachlaßkonkurse eine Nachlaßverbindlichkeit aus eigenen Mitteln berichtigt (§ 225 Abs 2 KO; **RG** 55, 160). Nicht ein Dritter ist der Konkursverwalter im Konkurse des Eigentümers. Die Befriedigung durch ihn bewirkt ebenso Übergang der Forderung nebst Hypothek auf den Eigentümer wie die Befriedigung durch diesen, mit der Maßgabe, daß die Hypothek in die Konkursmasse fällt, weil der Erwerb aus Mitteln der Masse erfolgt (OLG 9, 378). Ferner steht die Befriedigung durch einen Dritten im Namen und mit Vertretungsmacht oder Genehmigung des Eigentümers der Befriedigung durch diesen gleich (KGJ 41, 250). Zahlt anderseits der Eigentümer nicht in seiner Eigenschaft als Eigentümer, sondern für den Schuldner (z. B. zufolge der ihm obliegenden Befreiungspflicht), so findet § 1143 keine Anwendung, vielmehr erlischt gemäß § 362 die Forderung und geht lediglich das dingliche Recht, die Hypothek, nach §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 als Grundschuld auf den Eigentümer über (**RG** 80, 319; RJA 5, 210; KGJ 27 A 280). Wenn der Eigentümer die Hypothek übernommen hat, die Schuldübernahme aber vom Gläubiger nicht genehmigt ist (s. A 1), ist anzunehmen, daß er zur Erfüllung der ihm nach § 415 Abs 3 gegenüber dem persönlichen Schuldner obliegenden Verpflichtung und, um die Schuld zu tilgen, also im vorbezeichneten Sinne für den persönlichen Schuldner die Zahlung leistet, es sei denn, daß besondere Umstände vorliegen, aus denen zu entnehmen wäre, daß er trotz seiner Verpflichtung nur für sich als Eigentümer hat zahlen wollen (**RG** 80, 320). — Wenn der Gläubiger einer Hypothek, die auf dem ganzen, mehreren Miteigentümern gehörenden Grundstück (s. § 1132 A 4) lastet, von einem Miteigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, in eigenem Namen (nicht im Namen aller Miteigentümer, **RG** 51, 398; RJA 8, 61) befriedigt wird, erwirbt der Miteigentümer gemäß §§ 1143, 1153, 1009 die Hypothek als solche (Forderung nebst Hypothek) im ganzen Umfang (nicht etwa nur zu einem Bruchteil) und an dem ganzen Grundstück (str., vgl. **RG** Gruch 55, 670; a. M. KGJ 41, 245; OLG 18, 173). Ist die Hypothek an jedem Anteil der Miteigentümer gesondert bestellt (s. § 1132 A 1), so ist § 1173 entsprechend anzuwenden und erwirbt der den Gläubiger befriedigende Miteigentümer die Forderung nebst der Hypothek an seinem Anteil, während die Hypothek an dem anderen Anteil erlischt, sofern dem Befriedigenden nicht ein Ersatzanspruch gegen den anderen Miteigentümer zusteht (vgl. KGJ 41, 245). Über die Rechtsfolgen, die eintreten, wenn der befriedigende Miteigentümer auch persönlicher Schuldner ist, vgl. § 1163 A 6. Über den Fall, daß Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft Eigentümer und zugleich persönliche Schuldner sind und einer von ihnen aus eigenen Mitteln den Gläubiger befriedigt, vgl. A 1. Sind die Miterben nicht zugleich persönliche Schuldner,

so erwirbt der Befriedigende, da er, wenngleich nach § 2033 er nur über seinen Anteil an dem ganzen Nachlaß, nicht über seinen Anteil an dem Grundstück als einzelnem Nachlaßgegenstand verfügen kann, doch als Teilhaber der Eigentümergemeinschaft zur gesamten Hand im Sinne des § 1143 als „Eigentümer" anzusehen ist, nach §§ 1143 Abs 1, 1153 die ganze Forderung nebst der Hypothek (str.; a. M. KGJ 50, 208: die Hypothek wird nach § 1163 Abs 1 Satz 2 zur Eigentümergrundschuld zugunsten der Erbengemeinschaft). Befriedigt er dagegen den Gläubiger aus Mitteln des Nachlasses für diesen, so geht nach §§ 1143 Abs 1, 1153, 2041 die ganze Forderung nebst der Hypothek auf die Erbengemeinschaft über. Wird eine Hypothek, mit der ein zu einer Vorerbschaft gehörendes Grundstück belastet ist, von dem Vorerben (der nach §§ 2100ff. als Eigentümer des Grundstücks gilt, KGJ 50, 211) mit eigenen Mitteln bezahlt, so geht, je nachdem die persönliche Schuld eine Nachlaßverbindlichkeit ist oder nicht, die Hypothek nach §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 als Eigentümergrundschuld oder nach § 1143 als Eigentümerhypothek (§ 1177 Abs 2) auf den Vorerben persönlich über so, daß sie nicht in den Nachlaß fällt (str.; vgl. KGJ 50, 210). Zahlt der Vorerbe dagegen mit Mitteln der Erbschaft, so gehört, je nachdem die persönliche Schuld eine Nachlaßverbindlichkeit ist oder nicht, die nach §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 entstehende Eigentümergrundschuld oder die nach §§ 1143, 1153 mit der Hypothek übergehende Forderung gemäß § 2111 Abs 1 Satz 1 („zur Erbschaft gehört, was der Vorerbe durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt") zum Nachlaß (str.; vgl. KGJ 43, 263; 50, 212).

4. Der wirkliche **Gläubiger** muß befriedigt sein. Ist jedoch an den eingetragenen oder bei der Briefhypothek an den gemäß § 1155 sich ausweisenden Gläubiger Zahlung geleistet, so gilt, wenn der Empfänger nicht der wirkliche Gläubiger ist, gemäß § 893 zugunsten des gutgläubigen Eigentümers die Zahlung als an den wahren Gläubiger erfolgt.

5. Die **Befriedigung** kann nach § 1142 Abs 2 auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung erfolgen (s. § 1142 A 4), sowie nach Maßgabe des § 1171 Abs 2 (Ausschlußurteil). Ob sie durch den Eigentümer freiwillig (§ 1142) oder im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 1147) bewirkt wird, ist gleichgültig; im letzteren Falle wird der Befriedigungswille des Eigentümers durch die Zwangsvollstreckung ersetzt (str., Prot 6, 257; **RG** 81, 77; RJA 11, 304). Jedoch besteht insofern ein Unterschied, als infolge Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung auf den Eigentümer nur die Forderung, nicht auch die Hypothek übergeht, diese vielmehr gemäß § 1181 erlischt (**RG** 81, 78).

6. Die Forderung geht über kraft Gesetzes, ohne daß es einer Übertragungserklärung des Gläubigers, der Eintragung in das Grundbuch und bei der Briefhypothek der Übergabe des Briefes (§ 1154) bedarf (OLG 35, 331). — Mit der Forderung gehen nach §§ 412, 401, 1153 ferner auch die Nebenrechte (wie z. B. der Anspruch gegen einen Bürgen; nicht auch zur Sicherheit Übertragenes, **RG** 89, 195; 91, 279; SeuffA 66, 408), insbesondere die Hypothek, auf den Eigentümer über, so daß dieser nunmehr Gläubiger der Hypothek ist (vgl. RJA 12, 252). In ersterer Hinsicht ist in **RG** 85, 363 dahingestellt gelassen, ob nicht mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 775 der Rechtsübergang hinsichtlich des Anspruchs gegen einen Bürgen ausgeschlossen und auch kein Rückgriff des dinglichen Schuldners gegen den Bürgen gegeben sei, sowie, ob nicht ein Rückgriff des dinglichen Schuldners gegen den Bürgen nur insoweit statthaben könne, als er über den Wert des Pfandes hinaus, mit dem er hafte, gezahlt habe. Allein die letztere für den Fall des § 1225 (Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder, der nicht der persönliche Schuldner ist) vertretene Meinung beruht darauf, daß im § 1225 außer § 774 Abs 1 auch § 774 Abs 2 (Mitbürgen haften einander nur nach § 426) für entsprechend anwendbar erklärt ist (vgl. § 1225 A); § 1143 Satz 2 schreibt dagegen nur die entsprechende Anwendung des § 774 Abs 1 vor. Auch sonst ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen, daß die aus dem Übergang der Forderung sich nach §§ 401, 412 ergebende Regel des Übergangs auch des Anspruchs gegen einen Bürgen hier nicht oder nur mit der genannten Einschränkung gelten soll; § 775 gewährt nur unter gewissen Voraussetzungen dem Bürgen gegen den Hauptschuldner einen Anspruch auf Befreiung von der Bürgschaft (str.; OLG 35, 331). Befriedigt der Bürge den Eigentümer, auf den die Hauptforderung nebst dem Anspruch aus der Bürgschaft übergegangen ist, so erlischt die Bürgschaft. Gemäß §§ 774 Abs 1 Satz 1, 1153 geht dann die Forderung nebst der Hypothek auf den Bürgen über. Wenn demnächst der Eigentümer als dinglicher Schuldner, um die Zwangsversteigerung seines Grundstücks abzuwenden, wiederum den zum Hypothekengläubiger gewordenen Bürgen befriedigt, so geht auch wieder die Forderung nebst der Hypothek auf ihn über, aber nunmehr nicht der Anspruch gegen den Bürgen, da die Bürgschaft erloschen ist (OLG 35, 332). Läßt es der Eigentümer jetzt zur Zwangsversteigerung kommen, so stellt sich heraus, ob und wieviel der Bürge dafür, daß er den ursprünglich zum Gläubiger der Hauptforderung gewordenen Eigentümer befriedigt hat, aus dem Grundstück Ersatz erlangt (OLG 35, 332). Hinsichtlich des Übergangs der Hypothek gelten folgende Einschränkungen. Nur die Hypothek für die Hauptforderung und die laufenden Zinsen geht über; die Hypothek für Rückstände an Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, erlischt gemäß § 1178 Abs 1,

so daß der Eigentümer insoweit nur die persönliche Forderung erlangt (RG 55, 162; s. A 2). Ferner kann die Hypothek nach § 1177 Abs 2, solange sie mit dem Eigentum in einer Hand vereinigt ist, nur unter den für die Eigentümergrundschuld im § 1197 vorgeschriebenen Beschränkungen geltend gemacht werden. — Im übrigen gehen Forderung und Hypothek so über, wie sie dem bisherigen Gläubiger zustanden. Insbesondere kann der Eigentümer auch die Schuldklage gegen den persönlichen Schuldner erheben. Ob und welch ein Rechtsverhältnis hinsichtlich der Berichtigung der Forderung zwischen ihm und dem persönlichen Schuldner besteht, ob er von diesem Ersatz beanspruchen kann oder nicht, ist hinsichtlich des Übergangs gleichgültig. Selbst der Umstand, daß der Eigentümer dem Schuldner gegenüber zu der Befriedigung verpflichtet war (z. B. zufolge einer vom Gläubiger nicht genehmigten Schuldübernahme, s. A 1), hindert den Übergang nicht, sofern nur der Eigentümer für sich (als Eigentümer, s. A 3) die Zahlung leistet (KGJ 27 A 280; RJA 5, 213). Jedoch kann der Schuldner in diesem Falle wie auch sonst auf Grund des zwischen ihm und dem Eigentümer bestehenden Rechtsverhältnisses Einwendungen gegen die Schuldklage erheben. Vgl. hierüber A 7. Ferner stehen dem Schuldner gemäß § 412 die Einwendungen zu, die bereits zur Zeit des Übergangs der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger bestanden (§ 404), sowie auch sonstige Einwendungen, die im Falle der Übertragung einer Forderung dem Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber vom Gesetze gewährt werden (§§ 406—408). Z. B. kann er geltend machen, daß die Forderung durch Zahlung oder durch Erlaß (§ 397) erloschen sei. Die Forderung gilt zwar auch in diesen Fällen, wenn der zahlende Eigentümer gutgläubig ist, gemäß §§ 892, 1138 als fortbestehend, aber nur in Ansehung der Hypothek, nicht auch in Ansehung des persönlichen Schuldverhältnisses (s. § 1138 A 1). — Der Eigentümer hat ferner die Rechte aus § 1144 auf Aushändigung der zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Urkunden sowie bei Briefhypotheken auf Aushändigung des Briefes. An letzterem erlangt er übrigens im Falle voller Befriedigung des Gläubigers gemäß § 952 das Eigentum, so daß er ihn von jedem Besitzer herausverlangen kann. Hinsichtlich des Falles teilweiser Befriedigung vgl. A 2. — Durch Veräußerung des Grundstücks gehen dem Eigentümer die durch den Übergang erlangten Rechte nicht verloren (KGJ 26 A 303; 28 A 136). — Auch auf Sicherungshypotheken findet § 1143 mangels einer gegenteiligen Bestimmung (vgl. § 1185 Abs 2) Anwendung (vgl. RG 65, 417). Bei der Grundschuld führt, weil der Eigentümer dort auch nicht „persönlicher Schuldner" ist, die durch § 1192 gebotene entsprechende Anwendung des § 1143 dazu, daß infolge Befriedigung des Gläubigers wegen des Grundschuldkapitals durch den Eigentümer die Grundschuld auf diesen ebenfalls übergeht. Dies wird bestätigt durch den von der Redaktionskommission 2. Lesung für die Grundschuld aufgestellten ersten Entwurf, dessen § 1139b Abs 2 lautet: „Soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschuld auf ihn über" (Prot 4, 505; RG 78, 67; auch 60, 247; RJA 9, 125). Nicht ist etwa aus § 1163 Abs 1 Satz 2 der Übergang zu entnehmen. Vgl. hierüber § 1192 A 1 Abs 3. — Wird ein Hypothekengläubiger, nachdem seine Hypothek durch Zuschlag des belasteten Grundstücks in der Zwangsversteigerung gemäß § 52 Abs 1, § 91 Abs 1 ZVG erloschen ist, von dem bisherigen Eigentümer (Vollstreckungsschuldner) befriedigt, so geht auf diesen mit der Forderung der an die Stelle der Hypothek getretene Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse (s. § 1168 A 1) über, so daß er im Verteilungstermine den Erlösteil für sich in Anspruch nehmen kann (vgl. RG 65, 418).

7. Die **entsprechende Anwendung des § 774 Abs 1** ergibt: Der persönliche Schuldner kann ebenso wie der Hauptschuldner gegenüber dem Bürgen, auf den die Forderung infolge Befriedigung des Gläubigers übergegangen ist, gemäß § 774 Abs 1 Satz 1, 3 gegen die Schuldklage des Eigentümers (s. A 6) Einwendungen aus einem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse geltend machen, z. B. die Einrede, daß der Eigentümer: ihm die Forderung gestundet; die Zahlung an den Gläubiger auf Grund Schenkungsversprechens für ihn geleistet habe; infolge der vom Gläubiger nicht genehmigten Schuldübernahme beim Kauf des früher ihm gehörigen Grundstücks zur Bezahlung der Schuld verpflichtet gewesen sei (KGJ 27 A 279; RJA 5, 213; s. A 3). Über die Anwendung des § 774 Abs 1 Satz 2 im Falle der teilweisen Befriedigung vgl. A 2.

8. **Nur für die Gesamthypothek gelten die Vorschriften des § 1173.** Der Übergang der durch die Gesamthypothek gesicherten Forderung auf den befriedigenden Eigentümer eines der belasteten Grundstücke vollzieht sich nach den Vorschriften des § 1143 Abs 1 ebenso wie bei der durch Einzelhypothek gesicherten Forderung, vorausgesetzt, daß der Eigentümer nicht persönlicher Schuldner ist. Befriedigen mehrere Eigentümer, die nicht persönliche Schuldner sind, den Gläubiger zum Teil, so geht die Forderung zu den betreffenden Teilbeträgen auf sie über. Die Hypothek dagegen erlangt der Eigentümer, soweit er den Gläubiger befriedigt (vgl. für den Fall teilweiser Befriedigung bezüglich des Vorrangs des Restes § 1176 u. A 2), nach § 1173 nur an seinem Grundstück, es sei denn, daß er von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder von dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann (vgl. hierüber § 1173 nebst Bem).

§ 1144

Der Eigentümer[1]) kann gegen Befriedigung des Gläubigers[2]) die Aushändigung des Hypothekenbriefs[3]) und der sonstigen Urkunden[4]) verlangen[5]), die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlich sind[4]).

E I 1096, 1119 II 1052; M 3 731, 758 f.; P 3 610, 665.

1. **Der Eigentümer** hat die Rechte aus § 1144, gleichviel, ob er persönlicher Schuldner ist oder nicht und ob also durch die Befriedigung des Gläubigers die Forderung erlischt und er die Hypothek gemäß §§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1 als Grundschuld erwirbt oder die Forderung mit der Hypothek gemäß §§ 1143, 401, 412, 1153, 1177 Abs 2 auf ihn übergeht (vgl. RG 80, 320; RJA 11, 139; KGJ 40, 341). — Die Vorschrift des § 1144 findet auch Anwendung, wenn ein Ablösungsberechtigter (§§ 268, 1150; s. § 1150 A 2) oder der persönliche Schuldner (§ 1167), der nicht Eigentümer ist, den Gläubiger befriedigt. — Auf die ein dingliches Recht nicht gewährenden Hypothekvormerkungen (z. B. im Falle des § 648) ist § 1144 nicht anwendbar. Vielmehr bestimmt sich nach dem betreffenden Schuldverhältnis (vgl. § 320), ob Befriedigung nur Zug um Zug gegen Löschung der Vormerkung verlangt werden kann (RG 56, 251).

2. **Gegen Befriedigung des Gläubigers,** also Zug um Zug gegen Zahlung, kann die Aushändigung der im § 1144 bezeichneten Urkunden vom Eigentümer verlangt werden (vgl. RG JW 04, 175[17]). Bestände die Vorschrift nicht, so könnte der Eigentümer erst nach der Befriedigung des Gläubigers von diesem gemäß §§ 894 ff. Zustimmung zu der Berichtigung des durch die Befriedigung unrichtig gewordenen Grundbuchs und Vorlegung des Hypothekenbriefs an das Grundbuchamt zwecks Grundbuchberichtigung verlangen sowie gemäß §§ 402, 412, 413 Auslieferung der in seinem Besitze befindlichen, zum Beweise der Forderung und des Hypothekenrechts dienenden Urkunden, während er nach §§ 368, 371 allerdings Quittung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form sowie Rückgabe des etwa von ihm ausgestellten Schuldscheins auch schon Zug um Zug gegen Zahlung verlangen kann. § 1144 gibt also dem Eigentümer gegenüber jenen Vorschriften weitergehende Rechte, die ihn namentlich dagegen schützen sollen, daß der Gläubiger in der Zwischenzeit von der Befriedigung bis zur Aushändigung der fraglichen Urkunden noch über die Hypothek verfügt. Wird vom Gläubiger auf das Angebot der Zahlung die verlangte Aushändigung verweigert, so kommt er in Annahmeverzug (§ 298), der den Eigentümer zur Hinterlegung mit befreiender Wirkung berechtigt (§§ 372, 378), und klagt der Gläubiger auf Zahlung, so steht dem Eigentümer das Zurückbehaltungsrecht gemäß §§ 273, 274 zu (vgl. RG 55, 227). Jedoch braucht der Gläubiger in der Klage aus der Hypothek nicht die Aushändigung der Urkunden anzubieten; es ist Sache des beklagten Eigentümers, die Einrede des Zurückbehaltungsrechts zu erheben, um dadurch herbeizuführen, daß er nur Zug um Zug gegen Aushändigung der Urkunden verurteilt wird (OLG 29, 365). — Das Wort „Befriedigung" begreift, wie im § 1142, alle Arten freiwilliger Tilgung, auch die durch Hinterlegung (RG Gruch 56, 994). Der Gläubiger kann verlangen, daß er zugleich wegen der Nebenverbindlichkeiten, auch wegen der, für die das Grundstück nach § 1118 kraft der Hypothek haftet (gesetzliche Zinsen, Kosten), befriedigt wird (RG Gruch 58, 668; OLG 26, 136). Anderseits kann der Eigentümer, wie sich aus § 1145 Abs 1 ergibt, auch gegen nur teilweise Befriedigung des Gläubigers Aushändigung der zur Grundbuchberichtigung oder Löschung des betreffenden Hypothekenteils erforderlichen Urkunden beanspruchen (vgl. § 1145 A 2). Dies gilt auch hinsichtlich einer Höchstbetragshypothek (§ 1190), wenn das Bestehen einer Forderung aus dem gesicherten Rechtsverhältnis in Höhe eines Teiles des eingetragenen Höchstbetrages festgestellt ist (RG Gruch 58, 667 [Warn 1914 Nr 322]). — Ist der Gläubiger zur Aushändigung des Hypothekenbriefs nicht in der Lage (z. B. weil die Briefhypothek verpfändet ist), so kann der Eigentümer die Zahlung verweigern (vgl. RG 52, 143). Wegen anderer Ansprüche gegen den Eigentümer kann der Gläubiger die Aushändigung der Urkunden, insbesondere einer löschungsfähigen Quittung, nicht verweigern; denn § 1144 gewährt dem Eigentümer ein unbedingtes Recht auf Aushändigung gegen Befriedigung, auch würde ein Verweigerungsrecht den tatsächlichen Erfolg haben, daß der Gläubiger wegen der anderen Ansprüche ebenfalls durch die Hypothek gesichert wäre (vgl. OLG 10, 123).

3. **Aushändigung des Hypothekenbriefs** (über eine Briefhypothek), nicht bloß Vorlegung an das Grundbuchamt gemäß § 896 (s. A 2), kann der Eigentümer, falls er den Gläubiger voll befriedigt, abweichend von § 402 (s. A 2) auch dann verlangen, wenn der Gläubiger sich nicht im Besitz des Briefes befindet. Ist der Brief abhanden gekommen oder vernichtet, so ist der Gläubiger verpflichtet, den Brief im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklären zu lassen (§ 1162, ZPO §§ 1003 ff.) und die Erteilung eines neuen Briefes gemäß § 67 GBO herbeizuführen. Für den Fall nur teilweiser Befriedigung vgl. § 1145. — An dem Brief

erlangt der Eigentümer gemäß § 952 durch volle Befriedigung des Gläubigers Eigentum, durch teilweise Befriedigung Miteigentum.

4. **Die Aushändigung der sonstigen, zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlichen Urkunden,** die nicht nur bei Briefhypotheken, sondern auch bei Buchhypotheken in Betracht kommen (RG Gruch 58, 667), kann der Eigentümer verlangen, auch wenn sie noch nicht vorhanden und nicht im Besitze des Gläubigers sind. Der Gläubiger muß sie dann beschaffen oder sie in der für die Grundbuchberichtigung oder die Löschung erforderlichen Form ausstellen. Der Eigentümer hat regelmäßig die Wahl zwischen Berichtigungs- und Löschungsurkunden (vgl. RG Gruch 58, 670; 60, 318). Will er die Hypothek löschen lassen, so kann er eine in der Form des § 29 GBO erklärte Löschungsbewilligung verlangen (KGJ 39 A 232), die, wenn er gemäß § 27 GBO als Eigentümer zustimmt, nach § 19 GBO zur Löschung genügt. Der Gläubiger ist zwar nach erfolgter Befriedigung in Wahrheit nicht mehr Inhaber der Hypothek, so daß ihm an sich die Verfügung darüber nicht mehr zusteht. Jedoch ist er zufolge seiner Eintragung als Gläubiger dem Grundbuchamt gegenüber zur Löschungsbewilligung formell legitimiert (KGJ 26 A 150; 29 A 186; 32 A 260; 40, 296). Dagegen reicht eine Löschungsbewilligung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer nicht aus, da hierdurch nicht dargetan wird, daß der Eigentümer zufolge Befriedigung des Gläubigers Inhaber der Hypothek geworden ist (RJA 8, 41; KGJ 32 A 257; 40, 296). Eine in der vorgenannten Form ausgestellte Quittung aber ist genügend und kann erfordert werden (KGJ 39 A 232; OLG 20, 416; s. jedoch 23, 325) sowohl zur Berichtigung des Grundbuchs als auch zur Löschung. Denn dadurch wird gemäß § 22 GBO nachgewiesen, daß das Grundbuch unrichtig und zufolge der Befriedigung nicht mehr der Gläubiger, sondern der Eigentümer Inhaber der Hypothek ist, und der letztere kann daraufhin entweder durch einen formlosen Antrag gemäß §§ 13, 30 GBO die Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen oder durch eine von ihm als Hypothekinhaber und zugleich Eigentümer (§§ 19, 27 GBO) abgegebene, auf Löschung gerichtete Erklärung in der Form des § 29 GBO die Löschung herbeiführen (vgl. RG 56, 327; Gruch 60, 320; KGJ 26 A 149; 28 A 138; 32 A 260; OLG 20, 419). Unter Umständen kann der Gläubiger ein berechtigtes Interesse daran haben, einen Anspruch auf Erteilung einer Löschungsbewilligung abzulehnen, und wird dann solcher Anspruch sich als ungerechtfertigt ergeben, z. B. wenn bereits eine beglaubigte Quittung über die erfolgte Befriedigung ausgestellt worden ist (RG Gruch 60, 320). Eine neben der Quittung, wie es häufig geschieht, erklärte Löschungsbewilligung ist bedeutungslos, da der Gläubiger nach seiner eigenen Quittungserklärung nicht mehr Inhaber der Hypothek und daher über sie zu verfügen nicht mehr berechtigt ist (KGJ 26 A 150; 32 A 260; 40, 296). In der Quittung muß aber der Gläubiger nicht nur den Empfang der Zahlung bekennen, sondern auch angeben, daß der Eigentümer als solcher die Zahlung geleistet habe, weil sonst nach §§ 426 Abs 2, 774, 1150, 1164 (s. § 1134 A 3) die Möglichkeit bleibt, daß zufolge der Zahlung die Hypothek auf einen anderen als den Eigentümer übergegangen ist (KGJ 26 A 149; 28 A 133; 29 A 186; 40, 295; OLG 8, 315). Ferner kann der Eigentümer behufs Berichtigung des Grundbuchs verlangen, daß die Quittung ergibt, ob er persönlicher Schuldner ist oder nicht, weil er nach §§ 1134, 1163 Abs 1, 1177 (s. § 1143 A 1) die Hypothek im ersteren Falle als Grundschuld, im letzteren Falle als Hypothek mit der Forderung erlangt (vgl. OLG 2, 320; KGJ 45, 285; 51, 287; a. M. RJA 1, 163). Über Schadensersatzpflicht des Gläubigers, wenn er in der Quittung die Person des Zahlenden unrichtig bezeichnet, vgl. RG Gruch 50, 1082. — Wie zur Löschung eine Löschungsbewilligung, so genügt zur Grundbuchberichtigung weiter auch eine Umschreibungsbewilligung des Gläubigers (KGJ 39 A 232). Sie muß aber je nach der Sachlage aus dem zuletzt genannten Grunde auf Umschreibung in eine Grundschuld oder in eine Hypothek gerichtet sein und im ersteren Falle die Erklärung enthalten, daß die Forderung erloschen sei (RJA 7, 152; KGJ 27 A 278; a. M. RJA 5, 212; 9, 218). Neben einer löschungsfähigen Quittung kann nicht noch urkundliche Umschreibungsbewilligung verlangt werden, da die Quittung zur Berichtigung des Grundbuchs genügt (vgl. OLG 18, 173). — Ist der Gläubiger nicht als solcher im Grundbuch eingetragen, so ist er auch verpflichtet (vgl. §§ 40, 41 GBO), dem Eigentümer die zum Nachweise seines Gläubigerrechts erforderlichen Urkunden auszuhändigen (z. B. die in der Form des § 29 GBO erklärte Abtretung des als Gläubiger Eingetragenen, Erbschein über dessen Beerbung). — Über die Verpflichtung des Gläubigers, welcher befreiter Vorerbe ist, zur Beschaffung der Einwilligung des Nacherben vgl. RG 69, 260. — Darüber, daß Abtretung an einen Dritten nicht verlangt werden kann, vgl. A 5.

5. Daraus, daß der Eigentümer die Aushändigung der fraglichen Urkunden **verlangen kann,** folgt nicht, daß der Gläubiger die etwa notwendige Herstellung der Urkunden (s. A 3, 4) auf seine Kosten zu bewirken hat. Vielmehr hat nach §§ 369, 897 grundsätzlich der Eigentümer die Kosten zu tragen (OLG 6, 271). — Für die Klage, die im Falle der Verweigerung vor der Befriedigung auf Aushändigung des Hypothekenbriefs und der sonstigen Berichtigungs- oder Löschungsurkunden Zug um Zug gegen Befriedigung gerichtet werden kann (s. A 2; vgl. § 726

Abs 2 ZPO), die aber auch noch nach erfolgter Befriedigung des Gläubigers (nicht in §§ 894, 896, sondern) in § 1144 ihre Rechtfertigung findet (s. A 2, 3), ist gemäß § 24 ZPO das Gericht des belegenen Grundstücks ausschließlich zuständig, weil der Eigentümer damit die dingliche Belastung für sich selbst in Anspruch nimmt (SeuffA 58, 373; 64, 33; OLG 15, 255; 17, 87; 29, 82). Mehrere Miteigentümer, die auf Grund ihrer Zahlung gemeinschaftlich klagen, sind notwendige Streitgenossen im Sinne des § 62 ZPO (RG 60, 269). Die Zwangsvollstreckung erfolgt nicht gemäß § 887 oder § 888 ZPO, sondern nach § 883 ZPO im Wege der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher (RG Gruch 50, 1110). Im Konkurse des Gläubigers steht dem Eigentümer wegen seines Aushändigungsanspruchs ein Aussonderungsrecht (§ 43 KO) zu (RG 60, 251; 86, 240). — Zur Abtretung der Hypothek an einen Dritten besteht eine gesetzliche Verpflichtung des Gläubigers nicht (KGJ 39 A 233). Auch auf Grund einer vom Eigentümer erteilten Zession des Anspruchs auf Umschreibung der Hypothek kann der Zessionar nicht Bewilligung der Umschreibung auf seinen Namen vom Gläubiger verlangen, weil das Grundbuch zufolge der Befriedigung nur insofern unrichtig geworden, als die Hypothek auf den Eigentümer übergegangen und daher der Gläubiger nur zu dieser Grundbuchberichtigung zuzustimmen verpflichtet ist (vgl. RG 59, 294). Nach der herrschenden Meinung soll aber eine Abrede, daß der Gläubiger auf Verlangen des Eigentümers die Hypothek an einen von diesem zu benennenden Dritten, der sich zur Auszahlung bei Fälligkeit erbiete, abzutreten verpflichtet sein solle, zulässig und eintragungsfähig sein und es soll daraufhin dem Eigentümer eine Einrede im Sinne des § 1157 gegen die Geltendmachung der Hypothek bis zur Abtretungserklärung zustehen. Die Verdinglichung einer derartigen Abrede durch Eintragung könnte jedoch nur dann als den Inhalt des Hypothekenrechts betreffend für zulässig erachtet werden, wenn die Abrede eine Tilgungsbedingung enthielte. Dies ist nicht der Fall, da die Hypothekenforderung gerade bestehenbleiben und der Gläubiger die Zahlung des Dritten als Abtretungsentgelt anzunehmen verpflichtet sein soll (vgl. RJA 1, 165).

§ 1145

Befriedigt der Eigentümer den Gläubiger nur teilweise[1]), so kann er die Aushändigung des Hypothekenbriefs nicht verlangen[2]). Der Gläubiger ist verpflichtet, die teilweise Befriedigung auf dem Briefe zu vermerken[3]) und den Brief zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs oder der Löschung dem Grundbuchamt[4]) oder zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs für den Eigentümer der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Notare vorzulegen[5]).

Die Vorschrift des Abs 1 Satz 2 gilt für Zinsen und andere Nebenleistungen nur, wenn sie später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Gläubiger befriedigt wird, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden. Auf Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 haftet, findet die Vorschrift keine Anwendung[6]).

E I 1119 II 1052; M 3 759; P 3 610, 665; 6 253.

1. Die Vorschriften des § 1145 finden bei der Briefhypothek nicht nur auf den Fall der **teilweisen Befriedigung durch den Eigentümer** Anwendung, und zwar gleichviel, ob dieser persönlicher Schuldner ist oder nicht (s. § 1144 A 1), sondern auch auf die Fälle teilweiser Befriedigung des Gläubigers durch einen Ablösungsberechtigten (§§ 268, 1150) oder durch den persönlichen Schuldner, der nicht Eigentümer ist (§ 1167), sowie auf den Fall teilweisen Verzichts des Gläubigers auf die Hypothekenforderung (§ 1168 Abs 3). — Gelangt die Forderung teilweise nicht zur Entstehung, so daß die Hypothek zu diesem Teil dem Eigentümer zusteht (§ 1163 Abs 1), so ist zwar mangels einer Bestimmung hierfür § 1145 nicht anwendbar. Da jedoch der Eigentümer gemäß § 952 Miteigentümer des Hypothekenbriefs und das Grundbuch hinsichtlich des Teiles unrichtig ist, so kann er nach §§ 749, 752, 1152 Teilung durch Herstellung eines Teilhypothekenbriefs und nach § 896 Vorlegung des Stammbriefs zu diesem Zweck sowie gemäß § 894 Zustimmung des Gläubigers zur Umschreibung des Hypothekenteils verlangen (RG 59, 317; 69, 40). — Vgl. auch §§ 31 Abs 2, 40, 52 HypBankG v. 13. 7. 99.

2. **Aushändigung des Hypothekenbriefs,** wie im Falle voller Befriedigung des Gläubigers nach § 1144, kann der Eigentümer **nicht verlangen,** weil dem Gläubiger der erteilte Brief zum ausschließlichen Besitze verbleiben muß, damit er uneingeschränkt über den ihm zustehenden Hypothekenteil verfügen kann (RG 69, 41; Gruch 54, 1023). Dagegen kann der Eigentümer auch bei nur teilweiser Befriedigung gemäß § 1144 die Aushändigung der zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung des bezahlten Hypothekenteils erforderlichen

Urkunden (s. § 1144 A 4) beanspruchen, wie sich aus den Worten „zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs oder der Löschung" ergibt (RG Gruch 58, 667 [Warn 1914 Nr 822]).

3. **Der Vermerk des Gläubigers über die teilweise Befriedigung** schließt nach § 1140, auch wenn er ein privatschriftlicher ist, für den Fall, daß der Gläubiger über den getilgten Hypothekenteil verfügt, die Berufung des Erwerbers auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs aus (s. § 1140 A 2). Soll er zugleich als Quittung für die Berichtigung des Grundbuchs dienen (s. § 1144 A 4), so bedarf er allerdings der Form des § 29 GBO.

4. **Zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs** durch Umschreibung des bezahlten Hypothekenteils **oder zur Löschung** dieses Teiles hat der Eigentümer gemäß § 42 GBO **dem Grundbuchamt den Brief vorzulegen,** damit darauf gemäß § 62 GBO die betreffende Eintragung vermerkt werden kann. § 1145 gewährt ihm gegen den Gläubiger einen Anspruch auf Vorlegung zu diesen Zwecken. — Im Falle der Umschreibung des Teiles auf den Eigentümer hat der dem Gläubiger verbleibende Teil nach § 1176 auch ohne ausdrückliche Bestimmung den Vorrang.

5. Der Anspruch auf **Vorlegung des Briefes zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs** (s. § 1152) ist dem Eigentümer für den Fall, daß er den bezahlten Hypothekenteil auf seinen Namen umschreiben lassen will, gewährt, damit er über den Teil verfügen kann. Zwar genügt zur Abtretung oder zur Belastung des Teiles auch die Übergabe des Stammbriefs an den Erwerber sowie die Einräumung des Mitbesitzes (§ 866) daran (RG 65, 62; 69, 39; 75, 221; RJA 2, 85; 6, 64). Aber der Gläubiger ist zur Herausgabe des Briefes nicht verpflichtet (s. A 2). — Über die Herstellung des Teilbriefs, für die nach § 61 Abs 1 das Grundbuchamt, die durch Landesgesetz zu bestimmenden Gerichte und die Notare zuständig sind, trifft § 61 Abs 2, 3 GBO Bestimmung. Für den Fall, daß der bezahlte Teil zur Eigentümergrundschuld wird (s. § 1144 A 1), vgl. § 1152 A 1.

6. Der Abs 2, der dem Eigentümer für den Fall der Bezahlung gewisser **Zinsen oder anderer Nebenleistungen,** namentlich der im laufenden oder folgenden Kalendervierteljahr fällig werdenden, sowie von **Kosten** des § 1118 den Anspruch auf Vermerk der Zahlung sowie auf Vorlegung des Briefes versagt, entspricht den Sonderbestimmungen, die hinsichtlich dieser Nebenleistungen und Kosten in den §§ 1158, 1159, 1178 bezüglich Zulässigkeit von Einwendungen gegenüber einem neuen Erwerber ohne Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und hinsichtlich Nichterlangung einer Eigentümerhypothek gegeben sind, sowie dem Umstande, daß die Eintragung derartiger Tilgungen nicht zulässig ist (vgl. Prot 6, 253). — Der erste Satz des Abs 2 ergibt die Möglichkeit, daß der Eigentümer die Hypothek in Ansehung künftiger Zinsen erwirbt, während die Hypothek im übrigen beim Gläubiger bleibt. Vgl. hierüber § 1178 A 3.

§ 1146

Liegen dem Eigentümer[1]) gegenüber die Voraussetzungen vor, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt[2]), so gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen[3]) aus dem Grundstücke[4]).

E I 1140 II 1053; M 3 790; P 3 711 f.

1. § 1146 enthält eine das dingliche Hypothekenrecht erweiternde Bestimmung für den Fall des Verzugs des **Eigentümers,** der nicht persönlicher Schuldner ist. Daß das Grundstück kraft der Hypothek für Verzugszinsen haftet, die wegen Verzugs des persönlichen Schuldners verlangt werden können, folgt bereits aus § 1118. — Die Vorschrift findet mangels einer entgegenstehenden Bestimmung (vgl. § 1185 Abs 2) auch auf Sicherungshypotheken Anwendung. Desgleichen auf Grundschulden (§ 1192) sowie auf Rentenschulden hinsichtlich der Ablösungssumme (nicht auch bezüglich der einzelnen Leistungen, §§ 1199, 1200 Abs 1, 289).

2. Die **Voraussetzungen, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt,** ergeben sich aus den §§ 284, 285. Danach ist namentlich Mahnung des Eigentümers (§ 284 Abs 1 Satz 1) erforderlich, wenn nicht für die Leistung, was bei Hypotheken meistens der Fall sein wird, eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist (§ 284 Abs 2). Zur Wirksamkeit der Mahnung ist nicht erforderlich, daß der Gläubiger sich zur Aushändigung der im § 1144 genannten Urkunde erbietet (OLG 23, 170).

3. **Verzugszinsen** zu 4 vom Hundert, unbeschadet des Rechtes auf Fortbezug höherer Zinsen, die von der Hypothek vereinbarungsgemäß zu entrichten sind, gebühren dem Gläubiger nach § 288 Abs 1. Dies ist also besonders von Bedeutung, wenn die Hypothek unverzinslich oder zu weniger als 4 vom Hundert verzinslich ist. Dagegen ist dem Gläubiger das Recht nicht gewährt, gemäß §§ 286, 288 Abs 2, 289 Satz 2 Ersatz eines etwaigen weiteren Schadens aus dem Grundstück zu verlangen (M 3, 790). Nur ein persönlicher Anspruch gegen den Eigentümer kann in dieser Hinsicht nach allgemeinen Grundsätzen der Haftung für Schadenszufügung, insbesondere nach § 823 Abs 1, unter Umständen gegeben sein. Auch Prozeßzinsen

als solche von dem Eintritte der Rechtshängigkeit der dinglichen Klage ab gebühren dem Gläubiger nicht, da der dingliche Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück nicht eine Geldforderung im Sinne des § 291 ist. Zinsen von der Klagerhebung ab können daher nur als Verzugszinsen beim Vorliegen der Voraussetzungen des Verzugs zu dieser Zeit verlangt werden. Vgl. einerseits § 284 Abs 1 Satz 2 (Klagerhebung steht der Mahnung gleich), anderseits § 284 Abs 1 Satz 1 (Fälligkeit erforderlich), auch § 285. Wohl aber haftet das Grundstück nach § 1118 für die Prozeßzinsen, zu denen der persönliche Schuldner auf die Schuldklage verurteilt wird.

4. Nur **aus dem Grundstück** nach Maßgabe des § 1147 kann der Gläubiger die Verzugszinsen verlangen. Er ist nicht etwa berechtigt, wegen des Verzugs des Eigentümers den persönlichen Schuldner in Anspruch zu nehmen.

§ 1147

Die Befriedigung[1]) des Gläubigers aus dem Grundstück[2]) und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt[3]), erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung[4]).

E I 1075 II 1054; M 3 675 ff.; P 3 571 f.

1. Hinsichtlich des Umfangs der **Befriedigung,** die der Gläubiger auf Grund des dinglichen Hypothekenrechts aus dem Grundstück suchen kann, vgl. § 1118 (gesetzliche Zinsen der Forderung, Kosten der Kündigung, Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung) und § 1146 (Verzugszinsen zufolge Verzugs des Eigentümers, der nicht persönlicher Schuldner ist). Nach der ersteren Vorschrift hat der Gläubiger insbesondere auch wegen der Kosten der dinglichen Klage oder einer vollstreckbaren Urkunde gemäß § 794 Nr 5 ZPO, für die er zahlungspflichtig ist, das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück. Im Zwangsversteigerungsverfahren kann er dieses Recht gemäß §§ 10 Abs 2, 12 Nr 1, 37 Nr 4, 110, 114 ZVG durch Anmeldung geltend machen, ohne daß er eines besonderen vollstreckbaren Titels, eines Kostenfestsetzungsbeschlusses, bedarf, sofern er nicht etwa wegen der Kosten allein die Zwangsversteigerung betreibt. Wird der Eigentümer auf die dingliche Klage verurteilt, so sind ihm nach der maßgebenden Vorschrift des § 91 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zur Last zu legen, da er für seine Person, nicht als Vertreter des Grundstücks, das nicht Partei sein kann, unterliegende Partei ist, und er haftet dem Gläubiger hinsichtlich der Erstattung der diesem erwachsenen Kosten (§§ 103ff. ZPO), ebenso wie die Staatskasse, auch mit seinem sonstigen Vermögen (OLG 3, 319; vgl. auch RG JW 01, 183). Legt aber das Prozeßgericht dem Gläubiger die Kosten auf, etwa wegen sofortigen Anerkenntnisses des Eigentümers gemäß § 93 ZPO, so kann der Gläubiger nicht, wie vereinzelt gemeint wird, trotzdem Befriedigung wegen seiner Kosten aus dem Grundstück suchen; denn die Auferlegung der Kosten enthält die Abweisung des Anspruchs auf Erstattung der Rechtsstreitkosten (§ 308 Abs 2 ZPO) und beseitigt diesen Anspruch ebenso vollkommen wie die Auferlegung der Kosten im Falle der Abweisung der ganzen Klage (vgl. OLG 3, 319). Jedoch ist insbesondere hinsichtlich der Vorschrift des § 93 ZPO in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung zu bemerken, daß der Eigentümer, wenn er nach Eintritt der Fälligkeit der Hypothekenforderung den Gläubiger nicht gemäß § 1142 befriedigt, Veranlassung zu der dinglichen Klage gibt, so daß ihn auch ein sofortiges Anerkenntnis von der Kostenlast nicht befreit, es sei denn, daß er die Befriedigung vergeblich versucht oder sich zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde gemäß § 794 Nr 5 ZPO erboten hat (OLG 3, 318; 3, 319; 6, 386; 9, 65; 11, 52; 13, 102; 13, 103; 15, 86; 18, 163; SeuffA 59 Nr 113; a. M. OLG 1, 259; vgl. auch OLG 23, 112).

2. Der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, wodurch die Befriedigung **aus dem Grundstück** erfolgt (RG 47, 270; 56, 324; 81, 73; 93, 236; OLG 1, 259; vgl. § 1181 A 1), unterliegen gemäß §§ 864 Abs 1, 870 ZPO auch die mit Hypotheken belastbaren Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten (das Erbbaurecht, § 1017, VO v. 15. 1. 19 § 11; nach Landesrecht: Artt 63, 67, 68, 69, 196 EG, vgl. § 2 EG.ZVG), sowie nach der dem § 1114 (vgl. auch § 1106) entsprechenden Vorschrift des § 864 Abs 2 ZPO ein Grundstücksbruchteil, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht oder wenn sich der Anspruch des Gläubigers auf ein Recht gründet, mit welchem der Bruchteil als solcher belastet ist. Der letztere Fall ist z. B. gegeben, wenn ein Miteigentümer seinen Anteil mit einer Hypothek belastet hat und demnächst die Miteigentumsanteile sich in einer Hand vereinigt haben. Zulässig ist die Zwangsvollstreckung in den Anteil eines Miteigentümers auch dann, wenn ein früherer Alleineigentümer das ganze Grundstück mit einer Hypothek belastet hat und späterhin das Grundstück in das Miteigentum mehrerer gelangt ist (RG 20, 270, vgl. auch § 1132 A 1). — Die Zwangsvollstreckung in das Grundstück kann der Gläubiger nach seiner Wahl durch den Antrag auf Einleitung der Zwangs-

versteigerung oder der Zwangsverwaltung betreiben (§§ 864, 866, 869 ZPO, §§ 15ff., 146ff. ZVG) sowie durch Beitritt zu einem bereits anhängigen Verfahren (§§ 27, 146 ZVG). Die Eintragung einer Zwangshypothek (§§ 866, 867 ZPO) kommt hier nicht in Betracht. Über Vorbehalte für die Landesgesetzgebung betreffend: Bestimmungen, wonach der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke lediglich im Wege der Zwangsverwaltung suchen kann, vgl. Artt 60, 192 Abs 2 EG; Zwangsvollstreckung in die einem Eisenbahn- oder Kleinbahnunternehmen gewidmeten Grundstücke und sonstige Vermögensgegenstände (Bahneinheit) vgl. Art 112 EG.

3. Die Befriedigung **aus den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt,** also aus den in den §§ 1120—1130 behandelten Gegenständen, kann zunächst im Wege der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung des Grundstücks gesucht werden, da diese nach § 865 Abs 1 ZPO die Gegenstände mitumfassen. Jedoch umfaßt nach § 21 ZVG die Beschlagnahme bei der Zwangsversteigerung, anders wie bei der Zwangsverwaltung (§ 148 Abs 1 ZVG), die Gegenstände nicht ausnahmslos, namentlich nicht Miet- und Pachtzinsforderungen. Solange die Gegenstände noch nicht durch Einleitung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung beschlagnahmt sind (§§ 20, 22, 146, 151 ZVG), kann der Gläubiger aus ihnen ferner im Wege der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen (Pfändung) Befriedigung suchen (OLG 10, 420); nur Zubehörstücke können nicht gepfändet werden (§ 865 Abs 2 ZPO; vgl. § 1121 A 3). Wesentliche Bestandteile des Grundstücks aber unterliegen vor der Trennung überhaupt nicht der Pfändung, ausgenommen nach § 810 ZPO ungetrennte Früchte (vgl. § 1120 A 1). Aus Gebäudeversicherungsforderungen kann der Gläubiger nicht nur im Wege der Pfändung, sondern nach § 1128 Abs 2 ausnahmsweise auch durch Einziehung sich befriedigen (§ 1128 A 5). — Streitig ist, ob der Hypothekengläubiger, dessen Hypothek durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung erloschen ist (§§ 52, 91 ZVG), wegen des Ausfalls die für die Hypothek haftenden Gegenstände, die von der Beschlagnahme nicht mitergriffen oder von der Versteigerung ausgeschlossen worden waren, auf Grund seines dinglichen Rechtes trotz dessen Löschung pfänden darf. Dies ist zu bejahen, sofern die Gegenstände nicht etwa nach Maßgabe der §§ 1121ff. inzwischen von der Haftung für die Hypothek frei geworden sind. Denn, da die Löschung lediglich die Folge des Zuschlags ist, so kann die Wirkung der Löschung bezüglich derjenigen Hypotheken, die nicht durch Befriedigung aus dem Grundstück erloschen sind, nicht über das zugeschlagene Grundstück hinaus auch auf die vom Zuschlage nicht betroffenen, der Hypothek haftenden Gegenstände erstreckt werden. Vielmehr müssen diese Hypotheken an den betreffenden Gegenständen trotz Erlöschens durch den Zuschlag ebenso bestehenbleiben wie im Falle der Anordnung besonderer Versteigerung der Gegenstände gemäß § 65 ZVG (RG 55, 414; JW 1911, 46[36]; Gruch 48, 1064; OLG 3, 337; 14, 33; 30, 103; 33, 166; a. M. OLG 11, 137). Sind aber die haftenden Gegenstände durch den Zuschlag auf den Ersteher übergegangen (§ 90 ZVG), so können sich die Hypothekengläubiger selbstverständlich (§§ 91, 92 ZVG) an die Gegenstände wegen ihres Ausfalls nicht halten (RG Gruch 48, 1024).

4. Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Befriedigung aus dem Grundstück usw. **im Wege der Zwangsvollstreckung** vgl. §§ 704—752, 794—801 ZPO, §§ 16—18, 146, 147 ZVG. Besonders ist erforderlich ein vollstreckbarer Schuldtitel gegen den Eigentümer (vgl. §§ 16, 17 ZVG). Nach § 1148 gilt jedoch der als Eigentümer Eingetragene zugunsten des Gläubigers als der wirkliche Eigentümer. — Die dingliche Klage zur Erlangung eines vollstreckbaren Urteils ist, da nach § 1113 die hypothekarische Belastung darin besteht, daß eine Geldsumme zur Befriedigung wegen der gesicherten Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist, und da nach § 1147 die Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, zu richten auf Verurteilung des Eigentümers, zur Befriedigung des Klägers wegen des Hypothekenkapitals und der Nebenforderungen (s. A 1) die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden (RG 49 S. 107, 110; RJA 11, 156; OLG 35, 332). Die früher vielfach übliche Fassung des Antrags dahin, „bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu zahlen", ist nicht zu billigen, weil nach dem BGB dem Eigentümer eine Zahlungspflicht nicht obliegt (vgl. jedoch RG 63, 183). Die Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, brauchen in den Antrag nicht aufgenommen zu werden, da die Zwangsvollstreckung in das Grundstück sie mitumfaßt (s. A 3). Die Klage kann nach §§ 592 Satz 2, 688 Abs 1 Satz 2 ZPO auch im Urkundenprozeß und im Mahnverfahren erhoben werden. Ist der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner, so kann mit der dinglichen Klage die Schuldklage verbunden werden. Der Antrag ist dann zu richten auf Verurteilung, an den Kläger die Hypothekensumme zu zahlen und zur Befriedigung des Klägers wegen der Summe die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden. Wegen des Gerichtsstandes für die dingliche und die mit dieser etwa verbundene Schuldklage vgl. §§ 24, 25 ZPO. Auch der Gläubiger einer auf Grund schuldrechtlichen Schuldtitels eingetragenen Zwangshypothek (§ 867 ZPO) kann aus dieser die dingliche Klage erheben; er hat an Erlangung eines dinglichen Schuldtitels neben dem schuldrechtlichen ein Interesse, da im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grund-

stücks seine Rechte auf Grund des dinglichen Schuldtitels weitergehende sind (vgl. § 26 ZVG; **RG** 76, 119) und, wenn er Mietzinsen aus dem Grundstück auf Grund solchen Schuldtitels pfändet, die Pfändung als Beschlagnahme gemäß §§ 1123, 1124 (vgl. § 1123 A 2, § 1124 A 2) gilt (OLG 35, 332). — Ferner kann die Zwangsvollstreckung auf Grund einer nach Maßgabe des § 794 Nr 5 oder des § 800 ZPO vom Eigentümer erteilten vollstreckbaren Urkunde erfolgen. Jedoch nicht, wenn die Urkunde eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) betrifft, da es bei dieser an der nach § 794 Nr 5 ZPO erforderlichen Bestimmtheit des zu zahlenden Geldbetrags fehlt (RJA 2, 203; OLG 3, 295; 8 S. 148, 149; 9, 230; 13, 196). Vgl. auch Art VIII EG.ZPO Nov v. 17. 5. 98 (Vorbehalt für landesgesetzliche Vorschriften über vollstreckbare Hypothekenurkunden). — Ist der Gläubiger zugleich Eigentümer, also Eigentümerhypothekar, so kann er nach §§ 1177, 1197 Abs 1 nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben. — Ist der Eigentümer im Konkurse, so kann der Gläubiger gemäß §§ 4 Abs 2, 47 KO seine abgesonderte Befriedigung aus dem Grundstück usw. unabhängig vom Konkursverfahren betreiben. Die dingliche Klage aber ist nach §§ 6, 11 KO gegen den Konkursverwalter zu richten (**RG** JW 01, 183; OLG 15, 86; auch **RG** 52, 140; Gruch 45, 624). Für den Fall, daß der Konkursverwalter die Zwangsvollstreckung betreibt, vgl. §§ 126, 127 KO, §§ 172—174 ZVG. — Über die Vollstreckbarkeit des gegen den Eigentümer erlassenen Urteils auch gegen den Rechtsnachfolger im Falle der Veräußerung des Grundstücks nach Eintritt der Rechtshängigkeit vgl. die besonderen Vorschriften in § 325 Abs 3 ZPO, § 26 ZVG. Im übrigen vgl. über die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung gegen einen Rechtsnachfolger die §§ 727—731, 738, 742, 744, 745, 749 ZPO, die auch für die Hypothekenklage gelten. — Das Recht des Hypothekengläubigers auf Zwangsvollstreckung in das Grundstück und die mithaftenden Gegenstände darf nicht völlig ausgeschlossen werden; eine solche Vereinbarung ist als dem Wesen der Hypothek widerstreitend (§ 1113) nichtig (**RG** Gruch 58, 974). Jedoch ist es nicht unzulässig, wenn das Recht auf Zwangsvollstreckung nur in der Weise beschränkt wird, daß der Gläubiger nicht selbst soll die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreiben dürfen, im übrigen aber ihm Zwangsvollstreckungsakte (z. B. Zwangsverwaltung, Pfändung von Mietzinsen) freigelassen sind, er auch in einer von einem Dritten betriebenen Zwangsversteigerung seine Hypothek geltend machen darf (**RG** Gruch 58, 975). — Ist das Grundstück zwangsversteigert und die Hypothek gemäß § 91 ZVG durch den Zuschlag erloschen, so tritt an die Stelle der Hypothek das Recht auf Befriedigung aus dem vom Ersteher zu zahlenden Versteigerungserlös. Über die Art und Weise der Übertragung und Pfändung dieses Rechtes, über Anwendbarkeit des § 1163 Abs 1 darauf und über die Wirkung des Verzichts auf dieses Recht vgl. § 1154 A 1, § 1163 A 3, § 1168 A 1. War die Hypothek einem Dritten verpfändet, so ergreift das Pfandrecht nunmehr (nach dem Surrogationsgrundsatz) dieses Befriedigungsrecht (**RG** Gruch 59, 131 [Warn 1915 Nr 85]).

§ 1148

Bei der Verfolgung des Rechtes aus der Hypothek[1]) gilt zugunsten des Gläubigers derjenige, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, als der Eigentümer[2]). Das Recht des nicht eingetragenen Eigentümers, die ihm gegen die Hypothek zustehenden Einwendungen geltend zu machen, bleibt unberührt[3]).

E II 1055; M 3 223; P 3 575 f.

1. § 1148 bezweckt, dem Gläubiger **bei der Verfolgung des Rechtes aus der Hypothek,** also bei Erhebung der dinglichen Klage (s. § 1147 A 4), ebenso wie § 1141 Abs 1 Satz 2 bezüglich der Kündigung, eine Erleichterung hinsichtlich Feststellung der Person es richtigen Beklagten (z. B. im Falle einer Erbfolge, der Eigentumseintragung auf Grund nichtiger Auflassung) zu gewähren. — Für die Schuldklage gegen den Eigentümer als persönlichen Schuldner gilt die Vorschrift nicht.

2. Aus dem in A 1 Satz 1 angegebenen Grunde wird bestimmt, daß **zugunsten des Gläubigers,** während sonst für die Rechtsverfolgung der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§§ 892, 893) nicht besteht (M 3, 223), **der als Eigentümer Eingetragene als der Eigentümer gilt.** Zufolge dieser (nicht bloß widerlegbaren Vermutung, sondern über § 891 hinausgehend) unwiderlegbaren Fiktion ist der Eingetragene für die dingliche Klage als der richtige Beklagte anzusehen, auch wenn er der wahre Eigentümer nicht ist (z. B. weil er beim Erwerbe des Grundstücks geisteskrank war) und selbst wenn der Gläubiger sein Nichteigentum kennt oder ein Widerspruch gegen das Eigentum eingetragen ist. Der Eingetragene kann nicht den Einwand erheben, daß er in Wirklichkeit nicht Eigentümer sei (**RG** 94, 57). Das gegen ihn erlassene Urteil berechtigt den Gläubiger, gemäß §§ 17 Abs 1, 146 ZVG die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung des Grundstücks zu betreiben. Der wahre Eigen-

tümer kann hiergegen nicht auf Grund des § 750 ZPO den Einwand geltend machen, daß die Zwangsvollstreckung unzulässig sei, weil ein vollstreckbarer Schuldtitel gegen ihn selbst nicht vorliege, und er kann den Gläubiger nicht zwingen, gegen ihn von neuem die dingliche Klage zu erheben (Prot 3, 575). — Der Gläubiger aber, zu dessen Gunsten nur die Fiktion gilt, ist zu letzterer Klage berechtigt. Erlangt er einen vollstreckbaren Titel gegen den wahren Eigentümer, so kann er dessen Eintragung gemäß § 14 GBO erwirken und sodann gegen ihn die Zwangsvollstreckung betreiben. — Ist über das Vermögen des Eigentümers der Konkurs eröffnet, so ist für die dingliche Hypothekenklage der Konkursverwalter, gleichviel, ob er das Grundstück gemäß § 117 KO in Besitz und Verwaltung genommen hat oder nicht, gemäß § 6 Abs 2 KO der richtige Beklagte, es sei denn, daß er das Grundstück aus der Masse freigegeben hat, wozu eine Erklärung gegenüber dem Gemeinschuldner erforderlich ist (RG 94, 56).

3. **Die dem nicht eingetragenen Eigentümer gegen die Hypothek zustehenden Einwendungen,** die ihm erhalten bleiben, können z. B. darauf gerichtet sein: daß die Hypothek überhaupt nicht bestehe, weil sie von dem Nichteigentümer bestellt worden und dem Gläubiger das Nichteigentum bekannt gewesen sei (§ 892); daß die Hypothek gegen ihn, den wahren Eigentümer, zufolge eines persönlichen Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem Gläubiger nicht geltend gemacht werden dürfe (s. § 1137 A 1). Überhaupt kann er alle die Einwendungen geltend machen, die sonst einem Eigentümer gegenüber der dinglichen Klage zustehen (vgl. hierüber § 1137 A 1—5). Die auf derartige Einwendungen gestützte Klage (deren Erhebung zur Geltendmachung der Einwendungen erforderlich ist, RG 94, 57) wird als Feststellungsklage (auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, § 256 ZPO) aufzufassen sein, auch wenn sie erst nach Beginn der Zwangsvollstreckung erhoben wird (vgl. RG 59, 305; JW 84, 299[18]; 03, 398[6]). Eine Widerspruchsklage nach § 771 ZPO ist sie im letzteren Falle nicht, da nicht ein an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung zustehendes, die Veräußerung hinderndes Recht geltend gemacht wird; ebensowenig eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO, da diese die Geltendmachung der Einwendung gegen den Anspruch durch den Urteilsschuldner zur Voraussetzung hat (str., a. M. Prot 3, 576). Der nicht eingetragene Eigentümer muß in jedem Falle zunächst seine Klageberechtigung durch den Nachweis, daß er der wahre Eigentümer ist, dartun.

§ 1149

Der Eigentümer kann[1]), solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist[2]), dem Gläubiger nicht das Recht einräumen[1]), zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken[2]).

E I 1077 II 1056; M 3 679 ff.; P 3 573.

1. Da auf dem Gebiete des Sachenrechts der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht besteht, **kann der Eigentümer nicht** die hypothekarischen Rechte der Hypothekengläubiger mit dinglicher Wirkung erweitern. Für seine Person kann er allerdings Verpflichtungen nach dieser Richtung eingehen. Aber die daraus sich ergebenden Rechte können nicht zum Nachteil der übrigen Gläubiger geltend gemacht werden. § 1149 enthält in letzterer Hinsicht, wie aus den Worten „kann nicht" folgt, die noch weitergehende Bestimmung, daß zwei derartige Verpflichtungen, auch wenn sie vom Eigentümer nur für seine Person übernommen worden sind, überhaupt nichtig sein sollen, sofern ihre Festsetzung vor dem Eintritte der Fälligkeit der Hypothekenforderung erfolgt. § 1149 umfaßt ganz allgemein nicht bloß den dinglichen Vertrag, sondern auch schuldrechtliche Verträge, die auf Übertragung des Eigentums gerichtet sind (RG 92, 104). — Nicht hierunter fällt und ist daher rechtsverbindlich, sofern nicht etwa nach den Umständen des Falles ein wucherisches Geschäft (§ 138 Abs 2) vorliegt, z. B. die Übernahme der Verpflichtung seitens des Eigentümers: einem Hypothekengläubiger noch vor der Fälligkeit seiner Forderung das belastete Grundstück, unabhängig von der Zahlung der Forderung am Fälligkeitstermin, zu einem bestimmten Preise zu überlassen (RG 92, 105); an denjenigen, von dem er das Grundstück durch Kauf erwirbt, für den Fall der nicht pünktlichen Zahlung des durch Hypothek zu sichernden Kaufpreises das Grundstück zurückzuübertragen (M 3, 681). Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen, auch vor Eintritt der Fälligkeit, ergibt sich daraus, daß die Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke nicht „zum Zwecke der Befriedigung" erfolgen soll (RJA 3, 195). Der Anspruch auf Übertragung des Eigentums kann nach § 883 Abs 1 Satz 1, 2 durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden (RJA 3, 195). Die Vereinbarungen bedürfen aber der im § 313 vorgeschriebenen Form. — Jedoch wird nicht unbedingt und stets die Anwendung des § 1149 dadurch ausgeschlossen, daß für das zu Eigentum zu übertragende Grundstück ein bestimmter Preis vereinbart wird. Ist die

Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums zu der Nichtzahlung der Hypothekenforderung am Fälligkeitstermine in Beziehung gesetzt und von dieser Nichtzahlung abhängig gemacht, so ist der Tatbestand des § 1149 auch dann gegeben, wenn ein Preis für das gegebenenfalls zu übereignende Grundstück festgesetzt ist, und selbst wenn die Preisbestimmung, sofern etwa der Preis höher als die Hypothekenforderung ist, die Verpflichtung des Gläubigers zur Herausgabe des Überschusses an den Eigentümer als notwendige Folge mit sich bringt. Denn es ist dann die Absicht der Beteiligten als darauf gerichtet zu erachten, daß, wenn die Zahlung der Hypothekenschuld durch den Eigentümer am Fälligkeitstermine nicht erfolge, der Gläubiger Befriedigung durch Erlangung des Eigentums an dem Grundstück bei gleichzeitiger Verrechnung der Hypothekenforderung auf die Preisforderung erhalten solle, und ist also dem Gläubiger das Recht eingeräumt, zum Zwecke seiner Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke zu verlangen (**RG** 92, 101).

2. **Nur solange nicht die Forderung dem Eigentümer gegenüber fällig geworden ist,** kann der Eigentümer dem Gläubiger die im § 1149 bezeichneten Rechte nicht rechtsverbindlich einräumen. Vgl. die für das Pfandrecht geltenden entsprechenden Vorschriften der §§ 1229, 1245. Wird dagegen nach Eintritt der Fälligkeit (nicht etwa dem persönlichen Schuldner, sondern) dem Eigentümer gegenüber (vgl. hierüber § 1142 A 2) zwischen diesem und einem Hypothekengläubiger vereinbart, daß letzterer berechtigt sein soll, **zum Zwecke seiner Befriedigung die Übertragung des Eigentums** an dem Grundstücke zu verlangen oder zum Zwecke seiner Befriedigung **die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung,** also auf andere Weise als nach § 1147 (z. B. durch freihändigen Verkauf), zu bewirken, so sind diese Vereinbarungen in dem Verhältnisse zwischen Eigentümer und Gläubiger (s. A 1) wirksam. Die erstere Vereinbarung bedarf der Form des § 313. Der Anspruch daraus kann gemäß § 883 Abs 1 Satz 1 durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden. Auf die Vereinbarung der zweiten Art trifft dies nicht zu, da sie nicht auf Übertragung des Eigentums, sondern auf Duldung der Veräußerung gerichtet ist. Wenn dem Gläubiger hierdurch z. B. der Privatverkauf gestattet ist, so schließt er den Kaufvertrag mit dem Käufer. Die Auflassung hat auf Erfordern der Eigentümer dem Käufer zu erteilen (vgl. §§ 40, 41 GBO, § 894 ZPO). Wird der Gläubiger vom Eigentümer auch zur Auflassung (unwiderruflich, § 168 Satz 2) ermächtigt, so muß der Vertrag hier ebenfalls in der Form des § 313 geschlossen werden (vgl. **RG** 50, 163).

§ 1150

Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke[1]), so finden die Vorschriften der §§ 268, 1144, 1145 entsprechende Anwendung[2]).

E I 1081, 1082 II 1057; M 3 690 ff.; P 3 577 ff.; 4 603 f.

1. Wie § 268 gegenüber dem persönlichen Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand betreibt, so gewährt § 1150 gegenüber dem **Befriedigung aus dem Grundstücke verlangenden Hypothekengläubiger** ein Ablösungsrecht. Vgl. auch die entsprechende Vorschrift für das Pfandrecht im § 1249. Das Ablösungsrecht ist nicht zum Schutze des Schuldners gegeben, sondern um dem Berechtigten die Möglichkeit zu gewähren, die ihm durch die Zwangsvollstreckung des betreibenden Gläubigers drohende Gefahr des Verlustes eines Rechtes oder seines Besitzes abzuwenden (**RG** 91, 303). § 1150 erweitert bezüglich des dinglichen Hypothekenrechts das Ablösungsrecht gegenüber § 268 insofern, als er nicht erfordert, daß der Gläubiger bereits die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung (§ 1147) betreibt, sondern das Ablösungsrecht auch schon dann stattfinden läßt, wenn der Gläubiger, sei es gerichtlich, sei es außergerichtlich, Befriedigung aus dem Grundstück verlangt (RJA 15, 161). Es ist also nicht einmal erforderlich, daß der Hypothekengläubiger die dingliche Klage gegen den Eigentümer erhoben hat. Vielmehr kann das Ablösungsrecht auch schon dann geltend gemacht werden, wenn der Gläubiger den Eigentümer zur Zahlung aufgefordert (**RG** 91, 302) oder die Hypothek gekündigt hat (vgl. **RG** Gruch 55, 673) und die Fälligkeit eingetreten oder der Gläubiger schon vorher (s. § 1142 A 3) zur Annahme der Zahlung verpflichtet ist; denn hierdurch bereits ist das Interesse des Ablösungsberechtigten in Anbetracht der drohenden Zwangsversteigerung hinreichend gefährdet (Prot 3, 578). Dagegen genügt nicht Mahnung an den (etwa vom Eigentümer verschiedenen) persönlichen Schuldner oder die Erhebung der Schuldklage gegen ihn, da hierbei nicht Befriedigung „aus dem Grundstück" verlangt wird.

2. Aus der **entsprechenden Anwendung der Vorschriften der §§ 268, 1144, 1145** folgt: Ablösungsberechtigt (§ 268 Abs 1) sind alle an dem Grundstück oder den für die Hypothek ebenfalls haftenden beweglichen Gegenständen (§§ 1120ff.) dinglich Berechtigten, die durch die Zwangsvollstreckung der Gefahr ausgesetzt sind, ihr Recht zu verlieren, z. B. Grunddienstbarkeitsberechtigte (vgl. **RG** JW 1913, 1147[5]), namentlich aber nachstehende Hypotheken-

gläubiger, auch der Bürge für eine Hypothekenforderung (OLG 29, 366), und ferner der Besitzer des Grundstücks usw., wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren (z. B. mit Rücksicht auf § 57 Satz 2 ZVG Mieter, Pächter; RG 90, 355; 91, 302). Der Besitzer aber muß als solcher, um den Verlust des Besitzes infolge von Zwangsvollstreckung zu verhüten, die Zahlung geleistet haben. Hat z. B. ein als Eigentümer eingetragener Besitzer, der, wie sich infolge Anfechtung der ihm erteilten Auflassung demnächst ergeben hat, nicht wahrer Eigentümer ist, Zahlung an einen Hypothekengläubiger zur Erfüllung der ihm gegenüber dem Vorbesitzer obliegenden Verpflichtung geleistet, so findet § 1150 keine Anwendung (RG 80, 321). Dadurch jedoch, daß das an sich zur Ablösung berechtigte Recht (z. B. eine Hypothek) erst eingetragen worden und so entstanden ist, nachdem die Zwangsvollstreckung in das Grundstück eingeleitet worden war und der Rechtserwerber hiervon Kenntnis erlangt hatte, wird das Ablösungsrecht nicht ausgeschlossen; das Gesetz bietet für einen solchen Ausschluß keinen Anhalt (OLG 29, 367). — Bei Vorhandensein mehrerer Ablösungsberechtigter, deren Ablösungsrecht sich aus verschiedenen Rechtsverhältnissen ergibt, kann jeder für sich allein das Ablösungsrecht ausüben (vgl. RG 83, 392). Dabei hat keiner vor dem anderen ein Vorrecht. Erst durch die vollzogene Befriedigung, nicht schon dadurch, daß einer der mehreren gegenüber dem Gläubiger die Befriedigung in Aussicht stellt oder mit ihm vereinbart, erledigt sich das Ablösungsrecht der übrigen (str.). Einem persönlichen Gläubiger, mag er auch die Beschlagnahme des Grundstücks usw. ausgebracht haben, steht das Ablösungsrecht nicht zu. — Die Befriedigung des Gläubigers, die wegen des ganzen von ihm verlangten Betrags bewirkt werden muß, kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung mit einer Forderung des Ablösenden an den Gläubiger erfolgen (§ 268 Abs 2, s. § 1142 A 4). Hinsichtlich der Aufrechnung enthält dies eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß ein Dritter eine ihm fremde Schuld wider Willen des Gläubigers nicht durch selbständige Erklärung der Aufrechnung tilgen kann (§ 387; RG 78, 384). — Die Wirkung der Ablösung ist, daß die Forderung mit der Hypothek kraft Gesetzes (Abtretung nicht erforderlich) auf den Ablösenden übergeht (§ 268 Abs 3 Satz 1; §§ 401, 412, 1153 Abs 1; RG 91, 302). Ist die Hypothek eine Gesamthypothek, so erwirbt der Ablösende die Hypothek an allen belasteten Grundstücken, wenn er bezüglich des Grundstücks, aus dem der Gläubiger Befriedigung verlangt, ablösungsberechtigt ist (OLG 26, 192). Im Falle teilweiser Befriedigung, die in Frage kommt, wenn der Gläubiger nur wegen des betreffenden Teiles seiner Hypothekenforderung Befriedigung verlangt, hat der dem Gläubiger verbleibende Rest der Forderung den Vorrang (§ 268 Abs 3 Satz 2; s. unten). Behufs Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) kann der Ablösende nach §§ 1144, 1145 (da die Befriedigung durch den Ablösenden gleichsteht der Befriedigung durch den Eigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist; a. M. OLG 35, 196, wo nur § 402 [s. § 1144 A 2] für anwendbar erachtet wird) Zug um Zug gegen Befriedigung des Gläubigers (s. § 1144 A 2) die Aushändigung der hierzu erforderlichen Urkunden (s. § 1144 A 4) verlangen und ferner bei Briefhypotheken im Falle voller Befriedigung des Gläubigers Aushändigung des Briefes (s. § 1144 A 3), im Falle teilweiser Befriedigung Vorlegung des Briefes zwecks Herstellung eines Teilhypothekenbriefs (s. § 1145 A 5). Vgl. auch § 75 ZVG (Befriedigung des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers nach Beginn der Versteigerung hat Einstellung des Verfahrens zur Folge). — Voraussetzung für die vorbezeichnete Wirkung der Ablösung ist, daß die Befriedigung des Gläubigers zufolge seines Verlangens der Befriedigung aus dem Grundstücke erfolgt. Hat der Ablösungsberechtigte mit dem Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieb, vereinbart, der Gläubiger solle die Zwangsvollstreckung zur Aufhebung bringen, dafür wolle er bestimmte Zahlungen auf die Hypothek (z. B. auf die Zinsen der Hypothek) leisten, hat dann der Gläubiger dieser Vereinbarung gemäß die Zwangsvollstreckung zur Aufhebung gebracht und leistet demnächst der Ablösungsberechtigte die zugesagten Zahlungen, ohne daß der Gläubiger zuvor wieder die Zwangsvollstreckung betrieben oder sonst Befriedigung aus dem Grundstück verlangt hätte, so findet ein Übergang der Hypothek auf den Ablösungsberechtigten nicht statt (vgl. OLG 29, 366), es sei denn, daß eine Bürgschaft in der Vereinbarung zu finden ist und daher der Übergang nach §§ 774, 412, 1153 erfolgt. — Wenn dem zur Duldung der Ablösung verpflichteten Gläubiger noch andere nachstehende Hypotheken an dem nämlichen Grundstück zustehen, kann er die Ablösung nicht versagen oder sie von Befriedigung auch der anderen Hypotheken abhängig machen; vielmehr geht auch in diesem Falle die von der Ablösung betroffene Hypothek in dem nämlichen Rechtszustande wie bisher auf den Ablösenden über, insbesondere behält sie den Vorrang vor den anderen Hypotheken des Gläubigers. Daß nach § 268 Abs 3 Satz 2, § 1150 (vgl. die ähnlichen Bestimmungen in den §§ 426, 774, 1164, 1176, 1225, 1249, 1607, 1709) der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden kann, hat nur die Bedeutung, daß durch die Ablösung (entsprechend dem gemeinrechtlichen Grundsatze nemo subrogat contra se) der Gläubiger der von der Ablösung betroffenen Hypothek keinen Nachteil erleiden darf, daß insbesondere also, wenn der Gläubiger nur hinsichtlich eines Teilbetrags seiner Hypothek, wegen dessen er Befriedigung

aus dem Grundstück verlangt hat, befriedigt wird, der ihm verbleibende Restbetrag der Hypothek den Vorrang vor dem auf den Befriedigenden übergehenden Teilbetrag hat (vgl. RG 76, 198; 82, 135). Soweit aber dem Gläubiger noch eine andere Hypothek zusteht, ist er als unbeteiligter Dritter anzusehen; die Bestimmung hat nicht die Tragweite, daß der Ablösende bei Konkurrenz mit dem ursprünglichen Gläubiger diesem schlechthin und überall weichen müßte (str., RG 82, 133; 83, 404; JW 1913, 1147[5]; Gruch 58, 922; RJA 15, 162). Hatte der Gläubiger einen Teilbetrag der Hypothek auf einen anderen übertragen, ohne diesem den Vorrang vor dem Restbetrag zu gewähren (vgl. § 1151 A 1), so steht, wenn er wegen des Restbetrags befriedigt wird, dem Erwerber des Teilbetrags der Vorrang nicht zu, da der übertragene Teil eine selbständige, einem anderen gehörige Hypothek geworden ist und Mitübertragung eines dem Teil im Hinblick auf eine Ablösung anhaftenden Rechtes nicht in Frage kommen kann (vgl. RG 82, 138). Dabei ist es ohne Belang, ob den beiden Hypotheken eine einheitliche Forderung zu Teilbeträgen oder mehrere verschiedene Forderungen zugrunde liegen; für die Zulässigkeit und Wirkung der Ausübung des Ablösungsrechts aus § 1150 kommen allein die dinglichen Hypothekenrechte in Betracht, nicht die gesicherten persönlichen Forderungen (RG Gruch 58, 430 [JW 1913, 1147[5]]). Betrifft die Ablösung rückständige Zinsen und Kosten, so kann der Gläubiger nicht geltend machen, er sei durch die Ablösung insofern benachteiligt, als, wenn der Schuldner selbst die Befriedigung bewirkt hätte, die Hypothek für die Zinsen und Kosten nach § 1178 erloschen wäre; denn insoweit käme nicht bezüglich der durch die Ablösung betroffenen Hypothek, sondern nur bezüglich der anderen Hypothek ein Nachteil in Frage, der aber außer Betracht zu bleiben hat (RG Gruch 58, 429 [JW 1913, 1147[5]]; vgl. auch Gruch 58, 922 [Warn 1914 Nr 275]: löst B, dem eine der Hypothek des A im Range nachstehende Hypothek zusteht, eine andere Forderung des A ab, die zwar nicht eingetragen ist, aber in der Zwangsversteigerung nach § 10 Nr 2 das Vorrecht vor der Hypothek des A hat, so kann A wegen seiner Hypothek nicht geltend machen, er sei darum benachteiligt, weil, wenn der Schuldner gezahlt hätte, die Forderung erloschen wäre). Hat die andere Hypothek gleichen Rang mit der abgelösten Hypothek des nämlichen Gläubigers und gründet sich das Ablösungsrecht auf ein eingetragenes Recht am Grundstück, so hat, wenn erst nach Eintragung dieses Rechtes die andere Hypothek mit der Bestimmung, daß sie gleichen Rang mit der vor dem Recht des Ablösungsberechtigten eingetragenen (demnächst abgelösten) Hypothek habe, eingetragen worden ist und der Ablösungsberechtigte nicht seine Zustimmung dazu gegeben hat, die auf die Ablösenden übergangene Hypothek den Vorrang vor der anderen Hypothek; denn der Ablösungsberechtigte hatte bereits durch seine Eintragung eine Anwartschaft auf Ablösung und Erwerb der ihm vorgehenden Hypothek mit deren Rang für den Fall, daß der Hypothekengläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke verlange, erlangt, und diese Anwartschaft konnte ihm gemäß § 880 Abs 5 nicht dadurch verkümmert werden, daß der nachträglich eingetragenen anderen Hypothek der gleiche Rang mit der vorgehenden Hypothek eingeräumt wurde (vgl. § 880 A 9). — Besteht die abgelöste Hypothek zugleich, als Gesamthypothek, auch an einem anderen Grundstück, das dem Gläubiger selbst gehört (hat z. B. der Eigentümer des anderen Grundstücks die Gesamthypothek zufolge Befriedigung des ursprünglichen Gläubigers und, weil ihm ein Ersatzanspruch gegen den Eigentümer des mitbelasteten Grundstücks zustand, gemäß § 1173 Abs 2 erworben, s. § 1173 A 7), so geht nicht, wie sonst bei einer Gesamthypothek (s. A 2), auch die Hypothek an dem anderen (dem abgelösten Gläubiger selbst gehörigen) Grundstück auf den Ablösenden über; denn ein solcher Übergang würde dem abgelösten Gläubiger zum Nachteil im Sinne des § 268 Abs 3 Satz 2 gereichen, da sein Grundstück mit der Hypothek belastet bliebe (OLG 26, 193). Es kann nun aber die Gesamthypothek nicht in zwei verschiedenen Gläubigern zustehende Einzelhypotheken für die nämliche Forderung zerfallen. Deshalb und, da der abgelöste Gläubiger Befriedigung aus dem ihm nicht gehörigen Grundstück verlangt hatte, ist es so anzusehen, als ob er (durch die Ablösung) Befriedigung aus diesem Grundstück erlangt hätte, und ist unter entsprechender Anwendung des § 1181 Abs 2 anzunehmen, daß die Hypothek an seinem Grundstück erlischt. — Wenn der Gläubiger einer Hypothek, die auf dem ganzen, mehreren Miteigentümern gehörenden Grundstück lastet, die Hypothek allen Miteigentümern gegenüber kündigt, von denen einer nicht persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung ist, kommt ein Ablösungsrecht dieses Miteigentümers nicht in Frage: er ist schon nach § 1142 zur Befriedigung des Gläubigers wegen der ganzen Hypothek berechtigt und erwirbt durch die Befriedigung nach §§ 1143, 1153, 1009 die ganze Hypothek als solche (Forderung nebst Hypothek) an dem ganzen Grundstück (vgl. RG Gruch 55, 670). — Vereitelt oder erschwert der Gläubiger ein bestehendes Ablösungsrecht (z. B. dadurch, daß er die angebotene Befriedigung zurückweist oder daß er im Falle der Haftung mehrerer Grundstücke für die Hypothek die wertvollsten Grundstücke arglistig aus der Pfandhaft entläßt) schuldhaft, so ist er (insbesondere, wenn demnächst das Grundstück zwangsversteigert wird) nach § 823 Abs 1 oder § 826 dem Ablösungsberechtigten zum Ersatze des etwa dadurch entstandenen Schadens (der z. B. in dem genannten Falle der Entlassung von Grundstücken aus der Pfandhaft dadurch dem Ablösungsberechtigten ersetzt werden kann, daß ihm das Ablösungsrecht

mit einem der Verringerung der Pfandgrundstücke entsprechenden verhältnismäßigen Betrage gestattet und demgemäß das Zwangsversteigerungsrecht des Ablösungsgegners auf diesen verhältnismäßigen Betrag beschränkt wird) verpflichtet (vgl. RG 83, 393; 90, 355).

§ 1151

Wird die Forderung geteilt[1]), so ist zur Änderung des Rangverhältnisses der Teilhypotheken untereinander[2]) die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich[3]).

E II 1058; P 3 94 f., 585.

1. **Die Forderung wird geteilt,** z. B.: wenn ein Teil vom Gläubiger abgetreten oder für einen Gläubiger des Gläubigers gepfändet (RJA 3, 84) oder auf einen anderen vererbt wird (RJA 4, 171); ferner wenn die Forderung mit der Hypothek zu einem Teil auf den Eigentümer, den persönlichen Schuldner oder einen Dritten kraft Gesetzes übergeht (s. hierüber § 1143 A 3). In den letzteren Fällen hat der dem Gläubiger verbleibende Restbetrag den Vorrang (§§ 1176, 1143, 774, 426, 1150, 268). Dagegen in den ersteren Fällen haben die Teilbeträge gleichen Rang, wenn nicht ein anderes bestimmt worden ist (RG JW 1911, 277[5]; KGJ 25, 303; 29 A 184; vgl. hinsichtlich Amortisationshypotheken § 1176 A 1). Übrigens kann auch ohne Änderung oder Wechsel in der Person des Gläubigers eine Teilung der Forderung eintreten, wenn diese in der Weise zerlegt wird, daß die Teile im Verhältnisse zueinander durch ihre rechtlichen Beziehungen (z. B. durch verschiedenen Rang) oder durch Art oder Umfang der damit verbundenen Rechte (z. B. hinsichtlich des Zinssatzes, der Fälligkeit) sich als gesondert darstellen (RJA 4, 172; auch 15, 318). Über weitere Fälle der Teilung vgl. § 1152 A 1, 4. — Durch die Teilung, insbesondere im Falle der Abtretung eines Teiles, treten an die Stelle der bisher einheitlichen Hypothek mehrere selbständige Hypotheken in Höhe der Teilbeträge (RG 52, 361; 75, 249). Vgl. hierüber § 1176 A 1 a. E.

2. § 1151 betrifft sowohl den Fall, daß die **Änderung des Rangverhältnisses der Teilhypotheken untereinander** (s. A 1), also die Einräumung des Vorrangs eines Teiles vor dem anderen, bei der Teilung der Forderung, als auch den, daß sie erst nachher erfolgt (RJA 8, 240). Auf eine Änderung des Inhalts der Teilhypotheken bezieht sich die Vorschrift nicht. Für diese sind §§ 877, 873 maßgebend, wonach Einigung mit dem Eigentümer erforderlich ist.

3. Daß zu der Rangänderung die **Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich,** ist eine Ausnahme von § 880 Abs 2 Satz 2, 3 zur Vermeidung unnötiger Erschwerungen. Die übrigen Vorschriften des § 880 (insbesondere über Erfordernis der Einigung zwischen dem Zurücktretenden und dem Vortretenden) finden auch auf diese Rangänderung Anwendung. Die Rangänderung ist im Grundbuche sowohl bei dem zurücktretenden als auch bei dem vortretenden Teile zu vermerken (vgl. § 880 A 4, RJA 12, 256). — Wenn eine für künftig entstehende Forderungen aus einem Kreditverhältnis bestellte Höchstbetraghypothek durch entstandene Forderungen noch nicht voll angefüllt ist, kann der Gläubiger ohne Zustimmung des Eigentümers die Hypothek nicht in vollem eingetragenen Betrage, sondern nur in Höhe des Betrages der Anfüllung teilen und das Rangverhältnis der Teilhypotheken untereinander ändern (s. A 1), da dem Eigentümer in Höhe des nicht angefüllten Betrags eine vorläufige Eigentümergrundschuld (s. § 1190 A 1) zusteht (a. M. RJA 15, 318).

§ 1152

Im Falle einer Teilung der Forderung[1]) kann[2]), sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist[3]), für jeden Teil ein Teilhypothekenbrief hergestellt werden[4]); die Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks ist nicht erforderlich[5]). Der Teilhypothekenbrief tritt für den Teil, auf den er sich bezieht, an die Stelle des bisherigen Briefes[6]).

E I 1122 II 1059; M 3 761 f.; P 3 665 f.

1. Über **Teilung der Forderung** vgl. § 1151 A 1. Eine reale Teilung wird im § 1152 nicht erfordert. Auch wenn nur ein Bruchteil der Forderung abgetreten wird, kann ein Teilhypothekenbrief gebildet werden (M 3, 761). Ferner auch, wenn die Hypothekenforderung auf eine Bruchteilsgemeinschaft (z. B. im Falle der Abtretung der Briefhypothek an mehrere zu gleichen Rechten und Anteilen) übergeht (KGJ 39 A 268). Über Teilung der Forderung in Hauptforderung und Zinsen s. A 4 und § 1158 A 3. — Wird die Forderung bei einer Teilung des belasteten Grundstücks in der Weise auf die einzelnen Grundstücksteile verteilt, daß jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag haftet, so ist für Herstellung eines Teil-

hypothekenbriefs kein Raum, da die Hypotheken für die Teilbeträge nicht Teile der nämlichen Hypothek, sondern wegen Verschiedenheit der belasteten Grundstücke selbständige Hypotheken sind. Vielmehr ist unter entsprechender Anwendung des § 64 GBO für jedes Grundstück ein neuer Brief zu erteilen (RJA 4, 170, auch RG 52, 361). — Nach § 1192 findet § 1152 auch auf Grundschulden Anwendung. Daraus ist zu entnehmen, daß auch, wenn ein Teil der Hypothek (z. B. zufolge Befriedigung des Gläubigers nach §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1) Eigentümergrundschuld geworden ist, eine Teilung im Sinne des § 1152 als vorliegend zu gelten hat und daß auf Antrag des Eigentümers oder des etwaigen Erwerbers der Grundschuld von dem gemäß § 1145 Abs 1 Satz 2 vom Gläubiger vorzulegenden Stammhypothekenbrief ein Teilgrundschuldbrief (nicht ein selbständiger Grundschuldbrief, § 65 GBO) für die Eigentümergrundschuld hergestellt werden kann (RJA 11, 139; KGJ 40, 339; auch OLG 23, 213).

2. Ein Teilhypothekenbrief **kann** hergestellt werden. Notwendig ist es nicht. Auch dann, wenn ein Teil der Briefhypothek abgetreten wird, ist zur Übereignung des Teiles die Herstellung eines Teilbriefs nicht unbedingt erforderlich. Dem Erfordernis der Briefübergabe (§ 1154) kann durch Übergabe des Stammbriefs oder durch Einräumung des Mitbesitzes (§ 866) an diesem genügt werden (RG 69, 39; 75, 222; RJA 2, 85; 6, 64; OLG 9, 314; 23, 213; s. § 1145 A 5; über die Erfordernisse der Einräumung des Mitbesitzes s. § 1154 A 3). Auch zur Eintragung der außerhalb des Grundbuchs vollzogenen Teilabtretung genügt Vorlegung des Stammbriefs (RJA 2, 84; 3, 108; s. A 6). Über die Erfordernisse des Ersatzes der Übergabe des Briefes durch eine Vereinbarung nach § 1117 Abs 2 im Falle der Abtretung eines Teiles einer Briefhypothek vgl. § 1154 A 3. — Wenn der Gläubiger einen Teil der Briefhypothek an einen anderen überträgt, hat dieser, auch wenn der Übertragung nicht ein Kaufgeschäft zugrunde liegt (vgl. §§ 433, 437, 444), nach §§ 398, 401, 402, 1154 Abs 1, 1117, 1152 einen Anspruch darauf, daß ihm behufs Verschaffung der Hypothek ein Teilhypothekenbrief von dem Übertragenden übergeben wird (RG 63, 424). Geht ein Teil einer Briefhypothek kraft Gesetzes auf einen anderen (den Eigentümer, den persönlichen Schuldner oder einen Dritten) über, so ist der Gläubiger nur verpflichtet zur Vorlegung des (Stamm-) Hypothekenbriefs an das Grundbuchamt oder einen zuständigen Notar zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs (vgl. §§ 896, 1145, 1150, 1167, 1168; RG 59, 318; 69, 36; 75, 222).

3. Soll eine Hypothek, bei der die **Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen** ist (Buchhypothek), zu einem (durch Abtretung oder sonst, s. § 1151 A 1) abgesonderten Teil in eine Briefhypothek umgewandelt werden, so ist nach § 1116 Abs 3 die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers, sowie die Eintragung der Aufhebung der Briefausschließung erforderlich. Der demnächst hergestellte Brief ist nicht ein Teilhypothekenbrief, sondern ein gewöhnlicher Hypothekenbrief, der gemäß §§ 56—58 GBO herzustellen ist (KGJ 39 A 274).

4. Die **Herstellung des Teilhypothekenbriefs** erfolgt gemäß § 61 GBO. Die im Abs 2 Satz 1 des § 61 vorgeschriebenen Erfordernisse, insbesondere die Bezeichnung als Teilhypothekenbrief und eine beglaubigte Abschrift der im § 56 Satz 2 GBO vorgesehenen Angaben des Stammhypothekenbriefs, sind zwingend. Ist diesen Erfordernissen nicht genügt, so ist der Teilhypothekenbrief ungültig und er kann nicht hinsichtlich des abgetretenen Teiles an die Stelle des Stammbriefs (s. A 6) treten (RG Warn 1912 Nr 291). — Der Teilhypothekenbrief kann **für jeden Teil** hergestellt werden, also auch für Zinsen, sofern der Teil die Zinsforderung betrifft (RG 86, 219; s. jedoch bezüglich der Rückstände § 1159). — Über Sonderung der beglaubigten Abschrift des Stammbriefs von derjenigen der Schuldurkunde vgl. RJA 2, 141. Über Unzulässigkeit der Erteilung eines mehrere Hypotheken umfassenden Briefes (§ 66 GBO), wenn sich unter den Hypotheken eine Teilhypothek befindet, vgl. RJA 1, 15.

5. Zur Herstellung des Teilhypothekenbriefs ist **nicht erforderlich die Zustimmung des Grundstückseigentümers,** da er auch gegen die Zerlegung der Forderung in selbständige Teile (s. § 1151) nicht Widerspruch erheben kann. Dagegen ist die Zustimmung des Stammgläubigers erforderlich, weil sein Recht dadurch betroffen wird (RJA 2, 84).

6. Der **Teilhypothekenbrief tritt an die Stelle des Stammbriefs** derart, daß er als gewöhnlicher Hypothekenbrief für die betreffende Teilhypothek gilt und bei Verfügungen hierüber nur seine Übergabe (zur Übereignung) oder seine Vorlegung (behufs Vornahme von Eintragungen), nicht auch die des Stammbriefs gegebenenfalls erforderlich ist. Wenn jedoch die durch Übergabe des Stammbriefs (s. A 2) oder des bereits hergestellten Teilbriefs außerhalb des Grundbuchs vollzogene Teilabtretung (vgl. RG 64, 312) oder der kraft Gesetzes eingetretene Teilübergang (vgl. RG 59, 318; 69, 38) im Grundbuche vermerkt werden soll, muß gemäß §§ 42, 62 GBO sowohl der etwa bereits hergestellte Teilbrief als auch der Stammbrief vorgelegt werden, da durch diese Eintragung beide Teile der Hypothek betroffen werden (RJA 6, 63).

§ 1153

Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über[1]).

Die Forderung kann nicht[2]) ohne die Hypothek[3]), die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden[4]).

E I 1086 II 1060; M 3 704 ff.; P 3 585 f.

1. Die **Übertragung der Forderung** hat den **Übergang der Hypothek** mit Notwendigkeit zur Folge, mag sie sich vollziehen auf Grund Vertrags (Abtretung, § 398) oder gerichtlicher Anordnung (Überweisung an Zahlungs Statt, §§ 835, 837 ZPO; Zuschlag in der gemäß § 844 ZPO angeordneten öffentlichen Versteigerung, KGJ 31 A 316; 33 A 269) oder kraft Gesetzes (RG JW 08, 33[8], vgl. die Fälle in § 1143 A 3; ferner z. B. Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft, Erbfolge, §§ 1438, 1922). — Die Vorschrift gilt für die Hypothek als zwingende Vorschrift neben der Bestimmung nachgiebigen (dispositiven) Rechtes im § 401 (und § 412), wonach Nebenrechte nur dann auf den neuen Gläubiger übergehen, wenn nicht anderes bestimmt ist (RG 85, 364; Warn 1917 Nr 145; RJA 12, 252). Der gesetzgeberische Grund für die hier gegebene zwingende Vorschrift ist, daß die Übertragung der Forderung ohne die Hypothek ein in sich widerspruchsvoller Akt sein würde, da die lediglich zur Sicherung der Forderung dienende Hypothek nur dem jeweiligen Gläubiger zustehen könne, für den früheren Gläubiger aber ein inhaltloses und folglich nutzloses Recht sein würde (M 3, 706). — Auf Grundschulden findet § 1153 keine Anwendung (s. § 1191 A 1). Auch geht die Grundschuld, selbst wenn sie zur Sicherung einer Forderung bestellt ist, nicht bei Abtretung der Forderung ohne weiteres mit über, da sie nicht zu den im § 401 genannten Nebenrechten gehört, vielmehr gegenüber der Forderung selbständig besteht (RJA 12, 251). — Für die Verpfändung einer hypothekarisch gesicherten Forderung dagegen gilt nach § 1274 sowohl Abs 1 wie Abs 2 ebenfalls (RG Warn 1918 Nr 56).

2. Aus den Worten **„kann nicht"** folgt, daß, wenn Forderung und Hypothek nicht zusammen übertragen werden (z. B. erklärt wird, es werde nur die Forderung, nur die Hypothek übertragen, vgl. RG Warn 1917 Nr 145), die Übertragung nichtig ist. Jedoch wird die Erklärung, daß die „Hypothek" abgetreten werde, in der Regel als Abtretung der Hypothek und der Forderung aufzufassen sein. Ist anderseits die Abtretung der „Forderung" (unter Erwähnung der Hypothek, z. B. einer Anzahl Amortisationsraten einer Hypothek) erklärt, ohne daß die Beteiligten hinsichtlich des Schicksals der Hypothek überhaupt etwas vereinbart haben, sei es, weil sie nicht daran dachten oder weil sie eine besondere Übereinkunft darüber nicht für erforderlich hielten, so tritt ohne weiteres die gesetzliche Folge des Abs 1 ein, also der Mitübergang auch der Hypothek (RG Warn 1917 Nr 145). — Auf die Grundschuld finden die Vorschriften des Abs 2, weil sie von einer Forderung unabhängig ist, keine Anwendung (vgl. RJA 12, 252). — Bezüglich des Pfandrechts vgl. § 1250 Abs 1 Satz 2, Abs 2 (Übertragung des Pfandrechts ohne die Forderung ebenfalls unzulässig, dagegen im Falle der Übertragung dieser ohne jenes erlischt das Pfandrecht).

3. Will der Gläubiger die **Forderung ohne die Hypothek** übertragen, so muß er zuvor auf die Hypothek verzichten (§ 1168; vgl. RG 45, 186) oder sie durch Einigung mit dem Eigentümer in eine Grundschuld umwandeln (§ 1198). Bei der Höchstbetragshypothek ist nach § 1190 Abs 4 ausnahmsweise die Übertragung der Forderung ohne die Hypothek zulässig.

4. Die Übertragung der **Hypothek ohne die Forderung** kann jedoch dadurch ermöglicht werden, daß der Hypothek bei ihrer Übertragung eine andere Forderung gemäß § 1180 unterlegt wird (vgl. RG 35, 242; 45, 187). Ferner geht in verschiedenen Fällen (s. § 1143 A 3), namentlich wenn die Forderung erlischt, die Hypothek allein, zwar nicht als solche, wohl aber als Grundschuld kraft Gesetzes auf den Eigentümer über. Weiter gibt es (bei der Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner, bei der Gesamthypothek) Fälle, in denen die Hypothek ohne die Forderung als Hypothek für eine Ersatzforderung auf einen anderen kraft Gesetzes übergeht (vgl. §§ 1164, 1173 Abs 2, 1174, 1182).

§ 1154

Zur Abtretung der Forderung[1]) ist Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form[2]) und Übergabe des Hypothekenbriefs[3]) erforderlich[4]); die Vorschriften des § 1117 finden Anwendung[3]). Der bisherige Gläubiger hat auf Verlangen des neuen Gläubigers die Abtretungserklärung auf seine Kosten öffentlich beglaubigen zu lassen[5]).

Die schriftliche Form der Abtretungserklärung kann dadurch ersetzt werden, daß die Abtretung in das Grundbuch eingetragen wird[6]).

Ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen, so finden auf die Abtretung der Forderung die Vorschriften der §§ 873, 878 entsprechende Anwendung[7]).

E I 1087, 1112 II 1061; M 3 705, 707 ff., 748 ff.; P 3 586 f., 647 ff., 713 ff.; 6 249 f.

1. **Abtretung der Hypothekenforderung,** die nach § 1153 Abs 1 den Übergang auch der Hypothek bewirkt und die, wiewohl die Hypothekenforderung schuldrechtlicher Natur ist, nur in den im § 1154 vorgeschriebenen Formen (OLG 26, 153) und gemäß § 1153 Abs 2 nicht ohne gleichzeitige Übertragung der Hypothek erfolgen kann, ist gemäß § 398 ein Vertrag, der die Übertragung des Gläubigerrechts des bisherigen Gläubigers auf den neuen Gläubiger zum Gegenstande hat (RG 54, 147; RJA 6, 67). Das daraus sich ergebende wesentliche Erfordernis einer Forderungsabtretung, daß der bisherige Gläubiger aus dem Schuldverhältnis ausscheiden und an seine Stelle der neue Gläubiger treten soll, ist nicht gegeben, wenn der Abtretende vereinbarungsgemäß berechtigt bleiben soll, im eigenen Namen die Forderung von dem Schuldner einzuziehen, da der wesentliche Inhalt des Gläubigerrechts darin besteht, daß der Gläubiger befugt ist, die dem Schuldverhältnis entsprechende Leistung vom Schuldner im eigenen Namen zu fordern (RG 90, 276; JW 1905, 718[8]; 1914, 528[6]; 1916, 959[3]; Warn 1911 Nr 14). Jedoch gilt dieser Grundsatz nur dann, wenn das Recht zur Einziehung in eigenem Namen auf den Abtretungsempfänger überhaupt nicht übergehen, sondern dauernd und bedingungslos bei dem bisherigen Gläubiger verbleiben soll; dagegen steht es, da bei dem Rechtsgeschäfte der Forderungsabtretung die Satzung einer Zeitbestimmung oder einer Bedingung zulässig ist, der Wirksamkeit der Abtretung nicht entgegen, wenn vereinbart wird, daß dem Abtretenden nur noch bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder bis zum Eintritt einer Bedingung das Recht zur Einziehung in eigenem Namen zustehen soll (RG 90, 276; JW 05, 718[8]; 1914, 528[6]; 1916, 959[3]; Urt v. 28. 11. 16, VII 212/16). Hat der Abtretende in der Abtretungsurkunde erklärt, daß er die Hypothek an den Abtretungsempfänger zum Eigentum abtrete, sollten jedoch nach getroffener Vereinbarung in Wirklichkeit die Gläubigerrechte an der Hypothek (Hypothekenforderung) auf den Abtretungsempfänger nicht übergehen, so liegt nach dem zuerst Bemerkten eine Abtretung nur zum Schein im Sinne des § 117 vor, so daß der Abtretungsempfänger die Hypothek nicht erwirbt, mag auch im Falle einer Briefhypothek der Abtretende dem Abtretungsempfänger den Hypothekenbrief übergeben. Wenn aber demnächst der Abtretungsempfänger die Briefhypothek seinerseits durch schriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Hypothekenbriefs, also nach § 1154 formgerecht, an einen Dritten abtritt, so muß nach den Rechtsgedanken, die sich aus den Vorschriften der §§ 172, 405, 409 über die Wirkungen der Aushändigung von Vollmachtsurkunden, Schuldscheinen und Abtretungsurkunden ergeben, dem ursprünglichen Gläubiger versagt werden, sich dem Dritten gegenüber darauf zu berufen, daß er die Hypothek in Wirklichkeit nur zum Schein an den ersten Abtretungsempfänger abgetreten habe und ihm daher die Hypothek noch gehöre, es sei denn, daß der Dritte die Abtretung nur zum Schein beim Erwerbe gekannt hat oder hätte kennen müssen (RG 90, 278; auch 81, 260). Der Abtretungsvertrag ist ein für sich selbst bestehender, hinsichtlich seiner rechtlichen Wirkung von der Wirksamkeit des schuldrechtlichen Grundrechtsgeschäfts, in dem er seine Veranlassung fand, an sich unabhängiger (abstrakter) Vertrag, der unmittelbar eine Rechtsänderung in bezug auf die Hypothek zum Gegenstande hat (RG JW 1911, 653[25]). — Auch bei der Abtretung der Hypothek zu Sicherungszwecken (fiduziarische Abtretung) wird der Erwerber Inhaber der Hypothek und zur Verfügung darüber befugt (RG Gruch 50, 990; auch RG 90, 249). Im Verhältnisse zum Abtretenden allerdings bedarf er zu Verfügungen dessen Zustimmung (RG JW 01, 181). Er tritt zu diesem in ein Treuverhältnis, das ihn nach den Grundsätzen des Auftrags (§§ 662 ff.) verpflichtet, das Interesse des Abtretenden wahrzunehmen, namentlich hinsichtlich ordnungsmäßiger Beitreibung, auch bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks (RG 59, 190; 76, 347; JW 1911, 953[30]). Nach seiner Befriedigung hat er den überschießenden Erlös an den Abtretenden herauszugeben (RG 59, 192) und im Falle der Tilgung der gesicherten Forderung die Hypothek zurückzuübertragen (RG JW 06, 545[10]). — Die Eingehung der Verpflichtung zur Abtretung einer Hypothek (pactum de cedendo) fällt nicht unter § 1154. Sie bedarf auch bei einer Briefhypothek keiner Form (RG 54, 148; Warn 08 Nr 505), verpflichtet zur Verschaffung der Hypothek (RG 63, 423; 65, 62; OLG 12, 133; vgl. für den Fall der Abtretung eines Briefhypothekenteils § 1152 A 2), begründet auch die Klage auf formgerechte Beurkundung der Abtretung (RG 54, 146; 63, 231; Warn 08 Nr 505). — Ferner findet § 1154 auf die Übertragung kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung keine Anwendung. Jedoch vollzieht sich die Pfändung und Überweisung einer Hypothekenforderung nach §§ 830, 837 ZPO in ähnlicher Weise.

An die Stelle der Abtretungserklärung tritt die Überweisung an Zahlungs Statt (§ 835 ZPO). Nur diese, nicht auch die Überweisung zur Einziehung ist eintragbar (KGJ 26 A 302; 28 A 137; 33 A 274). Die Überweisung setzt eine wirksam gewordene Pfändung voraus (KGJ 28 A 136). Dazu ist bei der Briefhypothek Übergabe des Briefes, bei der Buchhypothek Eintragung der Pfändung erforderlich; Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner genügt nicht (RG Warn 09 Nr 434; KGJ 35 A 298), ebensowenig bei der Briefhypothek Eintragung der Pfändung (KGJ 35 A 299), es sei denn, daß der Gläubiger bereits im Besitze des Briefes ist (OLG 9, 129). Über Erwirkung der Übergabe des Briefes vgl. RG 59, 318; 63, 217; 74, 83; Gruch 50, 1110; 54, 1023; OLG 11, 112; 13, 223; 16, 308. Im Falle einer gemäß § 844 ZPO angeordneten öffentlichen Versteigerung einer Briefhypothek wird diese durch den Zuschlag nebst Briefübergabe auf den Ersteher übertragen (KGJ 31 A 316; 33 A 269). Pfändung und Überweisung einer Grundschuld oder Rentenschuld folgen nach § 857 Abs 6 ZPO den gleichen Regeln. Auch wenn es sich um eine Eigentümergrundschuld handelt (RG 55, 378; 56, 13; 56, 184; 59, 313; 61, 376; 70, 279; JW 05, 81[22]). — Weiter gelten selbst für die Abtretung die Vorschriften des § 1154 nicht ohne Ausnahmen. Vgl. §§ 1159 (Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen, Kosten), 1187 Satz 3 (Sicherungshypothek für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber oder aus Orderpapieren), 1190 Abs 4 (Höchstbetragshypothek), 1195 (Grundschuld für den Inhaber des Grundschuldbriefs). — Ist die Hypothek (gleiches gilt für eine Grundschuld oder Rentenschuld, §§ 1192, 1200) durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung erloschen (§§ 52, 91 ZVG), so ist der an ihre Stelle tretende Anspruch auf den Versteigerungserlös nach dem Zuschlag (nicht auch schon vorher, RG 70, 278) gemäß den für ein Forderungsrecht geltenden Vorschriften (§§ 398ff., ZPO § 829) zu übertragen oder zu pfänden (RG 55, 264; 63, 216; 64, 216; 64, 311; 70, 278; 78, 62). Wegen der Pfändung einer Eigentümergrundschuld nach dem Zuschlag vgl. § 1163 A 3. — Anderseits finden die Vorschriften des § 1154 nach §§ 1069, 1274, 1291 auch auf Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts an einer Hypothekenforderung, Grundschuld oder Rentenschuld in der Weise Anwendung, daß statt der Abtretung die Bestellung des Nießbrauchs oder die Verpfändung zu erklären ist (RG Gruch 49, 101; vgl. RJA 12, 262; OLG 29, 377). Nur die Vorschrift des § 1117 Abs 1 Satz 2 bezüglich der Briefübergabe wird bei der Verpfändung durch die §§ 1205, 1206 ersetzt (vgl. RG 68, 278; 79, 306; 85, 434). — Ferner gilt § 1154 auch für die Abtretung einer Eigentümerhypothek oder einer Eigentümergrundschuld (RG JW 07 S. 12[14], 711[14]; vgl. hier A 3 a. E. und § 1163 A 3). — Über Abtretung, Belastung, Pfändung einer Gesamthypothek vgl. § 1132 A 1. — Über Abtretung von Hypothekenzinsen und über Zulässigkeit der Abtretung des Zinsrechts vgl. § 1158 A 3. — Wird eine Forderung, für welche die Eintragung einer Briefhypothek bewilligt ist, vor Eintragung der Hypothek zu einem Teil abgetreten, so erwirbt der Abtretungsempfänger, wie überhaupt die Abtretung eines künftigen Rechtes erst mit dessen Entstehung wirksam wird (RG 67, 166; 74, 418), eine Teilhypothek erst nach Eintragung der Hypothek und Übergabe (oder Ersatz der Übergabe) des hergestellten Teilhypothekenbriefs (RG 74, 416). — Ausschluß der Abtretungsbefugnis (§ 399) ist eintragungsfähig, da nicht eine Verfügungsbeschränkung (§ 137), sondern Bestimmung des Inhalts der Forderung in Frage steht (KGJ 29 A 246).

2. Während sonst die Forderungsabtretung keiner Form bedarf, ist im § 1154 für die Briefhypothek (hinsichtlich der Buchhypothek vgl. Abs 3) zur Abtretung der Forderung die **Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form** (§ 126 Abs 1) erfordert. Dagegen bedarf die zur Übertragung ferner erforderliche Annahmeerklärung des anderen Vertragsteils (s. A 1; §§ 145ff.) auch hier nicht der Schriftform (RG 68, 409; RJA 6, 66). Sie kann vielmehr auch stillschweigend (z. B. bei einer Briefhypothek dadurch, daß nach Umschreibung der Hypothek der Brief angenommen wird) erfolgen (RG JW 1913, 205[18]). — Aus den Worten „Erteilung der Abtretungserklärung" ist nicht zu schließen, daß die §§ 158, 163 auf die Hypothek unanwendbar seien. Vielmehr kann, da eine gesetzliche Bestimmung (wie z. B. bei der Aufrechnung, der Auflassung) nicht entgegensteht, die Abtretung auch unter Setzen einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder eines Anfangs- oder Endtermins erfolgen (RG JW 1912, 681[3]), so z. B. auch Abtretung an A unter der auflösenden Bedingung des Aufhörens seines Gläubigerrechts bei Eintritt einer ungewissen Tatsache und zugleich an B unter der aufschiebenden Bedingung des Aufhörens des Gläubigerrechts des A (KGJ 49, 210). — „Erteilt" ist die Abtretungserklärung noch nicht mit der unterschriftlichen Vollziehung der Urkunde. Anderseits ist, ebenso wie bei der in den §§ 368, 761, 766, 780, 781 798 vorgesehenen Erteilung einer Erklärung in schriftlicher Form, Aushändigung der Urkunde nicht unbedingt notwendig; auch eine sonstige, die Einräumung der Verfügung darüber enthaltende Entäußerung kann genügen (RG Gruch 51, 181; 62, 623; auch OLG 18, 174). Wird eine Briefhypothek mehrmals nacheinander abgetreten, ohne daß eine Umschreibung der Hypothek im Grundbuch auf den einen oder den anderen Zessionar erfolgt, so ist nicht erforderlich, daß dem späteren Erwerber außer der von seinem unmittelbaren Vormann ausgestellten

Abtretungserklärung auch die den früheren Erwerbern erteilten Abtretungsurkunden übergeben werden. Die früheren Zessionare haben durch die ihnen erteilten Abtretungsurkunden die Hypothek erworben gehabt und waren daher zur Verfügung über die Hypothek berechtigt; die früheren Abtretungsurkunden kommen nur als Beweismittel dafür in Betracht, daß die Hypothek durch aufeinanderfolgende Zessionen rechtswirksam auf den letzten Zessionar gediehen ist (RG Gruch 62, 621). Will der letzte Zessionar allerdings die Hypothek im Grundbuch für sich umschreiben lassen, so muß er sein Gläubigerrecht dem Grundbuchamt durch Vorlegung aller Abtretungsurkunden, und zwar in der Form des § 29 GBO, nachweisen. Jedoch betrifft dies lediglich das formelle Grundbuchrecht, wie auch § 29 GBO nur eine Ordnungsvorschrift ist (vgl. RG Gruch 62, 624). Übrigens müßte das Grundbuchamt zum Nachweise auch beglaubigte Abschriften der formgerechten Zessionsurkunden genügen lassen, da es sich nicht, wie z. B. bei einer Vollmacht, um Ausweis- (Legitimations-) Urkunden handelt. — Da die Abtretung einen Vertrag zwischen bestimmten Personen voraussetzt, ist eine Abtretungserklärung (auch bezüglich einer Grundschuld, § 1192), in der der Name des neuen Gläubigers offengelassen wird (Blankoabtretung), rechtsunwirksam (Prot 3, 651 ff.; RG 63, 230), auch wenn eine nachträgliche Ausfüllung erfolgt (RG 63, 234; OLG 35, 338; a. M. OLG 29, 367). Dagegen ist die Verpfändung einer Briefhypothek oder -grundschuld durch schriftliche Erklärung ohne Nennung des Pfandgläubigers (Blankoverpfändung), wenn demnächst einem Gläubiger zwecks Pfandbestellung die Urkunde und der Hypotheken- oder Grundschuldbrief übergeben werden, als wirksam zu erachten, weil die Nennung des Namens des Pfandgläubigers, da die Hypothek oder die Grundschuld nach wie vor für einen bestimmten Gläubiger im Grundbuch und im Brief eingetragen bleibt, hier nicht für so wesentlich anzusehen ist, daß die Schriftform nach § 126 als nicht gewahrt zu gelten hätte (RG 78, 30; 4. 3. 08 V 163/07). Auf diesen Grundsatz und weiter darauf sich stützend, daß nach §§ 1154, 1274 auf „Erteilung" der Verpfändungserklärung besonderes Gewicht zu legen sei, hat das Reichsgericht es für zulässig erklärt, daß die Verpfändung einer Briefhypothek oder -grundschuld mittels Benutzung einer alten, inzwischen ungültig gewordenen Verpfändungsurkunde auch ohne Änderung des früheren Datums erfolge, wenn der Pfandschuldner und der Pfandgläubiger die nämlichen seien, der Inhalt der Urkunde auch für die zweite Verpfändung passe und der Pfandgläubiger die vorher zurückgegebene Urkunde nun mit dem Brief wiedererhalte (RG 78, 26). Um eine Blankoabtretung im eigentlichen Sinne handelt es sich nicht, wenn der Hypothekengläubiger eine Abtretungsurkunde, in der nur der Name des neuen Gläubigers unausgefüllt geblieben ist, einem anderen mit der Ermächtigung aushändigt, über die Hypothek frei zu verfügen (RG 81, 261). Hierin liegt die im voraus erteilte Einwilligung (§ 185) in die von dem anderen zu treffende Verfügung. Zwar richtet sich die Ermächtigung nicht an einen bestimmten Dritten, wohl aber an jeden, mit dem der andere nach seiner Entschließung demnächst in Verhandlung treten und abschließen möchte (§ 171). Vereinbart nun der andere einen Abtretungsvertrag mit einem Dritten als Abtretungsempfänger und füllt er die Abtretungsurkunde durch Einsetzung des Namens des Dritten aus, so kommt ein rechtswirksamer Abtretungsvertrag zwischen dem Gläubiger und dem Dritten mit schriftlicher Abtretungserklärung zustande (vgl. RG 81, 260; Gruch 60, 325). Eine solche Ermächtigung kann im Falle einer Briefhypothek (Briefgrundschuld) ohne weiteres darin gefunden werden, daß der Gläubiger dem anderen außer der vorbezeichneten Abtretungsurkunde auch noch den Brief aushändigt (RG a. a. O.). — Die Abtretungserklärung wird durch rechtskräftige Verurteilung zu ihrer Abgabe gemäß § 894 ZPO ersetzt. — Eintragung der Abtretung ist nicht (wie bei der Buchhypothek, Abs 3) erforderlich (RG JW 07, 711[19]). Sie kann auch nicht durch Parteiabrede entgegen § 1154 neben Abtretungserklärung und Briefübergabe als weiteres Erfordernis für den Hypothekübergang aufgestellt werden (RG Gruch 51, 183). Vgl. aber Abs 2 (Ersatz der Abtretungserklärung durch Eintragung). — Wenn einen zur Eigentümergrundschuld gewordenen Teil einer Briefhypothek der frühere Eigentümer an seinen Besitznachfolger, darauf dieser an seinen Besitznachfolger abtritt und dann der letztere die Teilgrundschuld (unter Umwandlung wieder in eine Hypothek, § 1198) an den Hypothekengläubiger überträgt, so kann in den beiden ersteren Abtretungserklärungen eine Genehmigung (§ 185 Abs 1) zur Verfügung über die Teilgrundschuld gefunden werden (RJA 11, 292). — Soll die Hypothek an den ursprünglichen Gläubiger zurückübertragen werden, so genügt nicht Rückgabe der Abtretungsurkunde, sondern bedarf es wiederum einer schriftlichen Abtretung (OLG 35, 11).

3. **Übergabe des Hypothekenbriefs** durch den Abtretenden ist zum Erwerbe der Hypothek erforderlich; Besitzerwerb für sich allein genügt nicht, der Erwerber muß den Besitz an dem Briefe mit dem Willen des sich des Besitzes zu seinen Gunsten entschlagenden Abtretenden erlangen (OLG 26, 134). Über Übergabe des Hypothekenbriefs und **Anwendung der Vorschriften des § 1117** vgl. § 1117 A 3, 4, 5. Hervorzuheben ist hier: Die körperliche Übergabe von dem bisherigen an den neuen Gläubiger wird gemäß § 1117 Abs 1, 2 ersetzt durch: Einigung über den Übergang, wenn der neue Gläubiger den Brief bereits besitzt (§ 929 Satz 2), so z. B., wenn der Eigentümer einen zur Eigentümergrundschuld gewordenen Teil einer Briefhypothek

unter Umwandlung auch in eine Hypothek (§ 1198) wieder an den Gläubiger abtritt (RJA 11, 292); Erlangung mittelbaren Besitzes seitens des Erwerbers auf Grund Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses (§ 930); Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den besitzenden Dritten (dem z. B. die Briefhypothek unter Übergabe des Briefes verpfändet worden ist; § 931), die in der Abtretung der Forderung als stillschweigend erklärt gefunden werden kann, sowie in der Bewilligung der Aushändigung der „Schuldurkunde" an den neuen Erwerber (RG 54, 111; 65, 63; 85, 433); Vereinbarung, daß der neue Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1117 Abs 2). Im letzteren Falle kann die Vereinbarung auch in der Weise zustande kommen, daß die von dem Zedenten dem Zessionar übersandte Abtretungsurkunde, welche die Erklärung des Zedenten enthält, daß der Hypothekenbrief vom Grundbuchamt dem Zessionar ausgehändigt werden solle, von dem Zessionar mit dem Antrag auf Umschreibung der Briefhypothek auf seinen Namen dem Grundbuchamt eingereicht wird; die hierin liegende Annahme des Angebots auf Übertragung der Hypothek einschließlich der vorbezeichneten, in der Abtretungsurkunde enthaltenen Erklärung des Zedenten bezüglich des Hypothekenbriefs braucht gemäß § 151 nicht gegenüber dem Zedenten erklärt zu werden, da eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist (RG 93, 250). Jedoch ist zum Übergange der Briefhypothek erforderlich, daß das Grundbuchamt die Verfügungsmacht über den Brief erlangt hat, weil die Vereinbarung dem neuen Gläubiger den mittelbaren Besitz an dem im unmittelbaren Besitz des Grundbuchamts befindlichen Brief verschaffen und der Abtretende dadurch, daß er den Brief aus den Händen gegeben hat, an einer nochmaligen Abtretung gehindert sein soll (Prot 3, 729; RG 64, 313; 65, 64; 66, 210; 69, 43; 84, 315; Warn 1912 Nr 291; OLG 18, 175; 35, 337). Jedoch genügt auch eine Vereinbarung im voraus, wenn demnächst der Brief eingereicht oder, falls ein solcher (wie z. B. bei Umwandlung einer Buchhypothek in eine Briefhypothek, bei Kraftloserklärung des abhanden gekommenen Briefes) noch nicht vorhanden ist, vom Grundbuchamt hergestellt wird (RG 66, 210; KGJ 40, 281; 45, 299). Im letzteren Falle braucht der Hypothekenbrief dem Grundbuchamt noch nicht fertig vorzuliegen; es genügt zur Anweisung auf den Besitz, daß sie erfolgen kann und erfolgen muß (RG 66, 206; 84, 316). Ist ein abhanden gekommener Hypothekenbrief durch Ausschlußurteil (§ 1017 ZPO) für kraftlos erklärt (§ 1162 BGB.), so genügt Vorlegung des Ausschlußurteils beim Grundbuchamt mit dem Antrag auf Bildung eines neuen Hypothekenbriefs, da dadurch nach § 67 GBO die Bildung eines neuen Hypothekenbriefs gewährleistet ist und die Vereinbarung über Aushändigung des Briefes einen bestimmten, auf diesen Brief sich beziehenden Inhalt hat (RG 84, 316; KGJ 45, 299). Wenn dagegen zwar das Aufgebotsverfahren eingeleitet, aber ein Ausschlußurteil noch nicht erlassen ist, hat eine Vereinbarung, daß der Hypothekerwerber berechtigt sein solle, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, nicht die Wirkung des Übergabeersatzes, da bis zum Erlasse des Ausschlußurteils der alte Hypothekenbrief als noch vorhanden gilt und hinsichtlich des neu zu bildenden auszuhändigenden Briefes es an dem unmittelbaren Besitz des Grundbuchamts fehlt, wenn das Grundbuchamt einen solchen Brief überhaupt nicht bilden kann (RG 84, 314). Aber Aushändigung des Briefes an den neuen Gläubiger kann zum Erwerbe der Hypothek nach dem Willen des Gesetzes nicht erforderlich sein, da sonst die Bestimmung über den Ersatz der körperlichen Übergabe durch Besitzanweisung überflüssig wäre (RG 66, 206; 74, 418; KGJ 25 A 153; 26 A 95). Ebensowenig ist für den Zeitpunkt des Erwerbs die etwaige Eintragung der Abtretung maßgebend (KGJ 35 A 287). Vielmehr hat, wenn neben der Abtretung die Vereinbarung im voraus getroffen und der Hypothekenbrief dem Grundbuchamt, das ihn gemäß der Vereinbarung aushändigen soll, eingereicht ist, der Übergang der Hypothek auf den Erwerber als bereits im Zeitpunkte der Vereinbarung erfolgt zu gelten, da die Vereinbarung durch § 1154 Abs 1 Satz 1 der Übergabe des Briefes gleichgestellt ist (RG Warn 1912 Nr 291). Hierfür ist allerdings, da zu der Vereinbarung nach dem Vorerörterten eine der Übergabe des Briefes gleichstehende Sachlage hinzukommen muß und die Übergabe von dem Abtretenden durch Übertragung des Besitzes zu bewirken ist, Voraussetzung, daß der Brief von dem Abtretenden oder doch mit seinem Willen dem Grundbuchamt eingereicht ist (RG Warn 1912 Nr 291). Die Vereinbarung kann von dem Abtretenden nicht einseitig widerrufen werden (RG 93, 251; Warn 1912 Nr 291). Wohl aber kann er, wenn er den Erwerber zur Einreichung des Briefes ermächtigt hat, diese Ermächtigung gemäß § 168 widerrufen. Jedoch nur bis zur Einreichung des Briefes, da mit der Einreichung die Hypothek auf den Erwerber übergegangen ist (RG Warn 1912 Nr 291). — Ist der neue Gläubiger im Besitze des Briefes, so wird vermutet, daß die Übergabe erfolgt sei (§ 1117 Abs 3; KGJ 40, 281). — Wenn der bisherige Gläubiger zur Abtretung verurteilt ist (s. A 2), gilt nach § 897 ZPO die Übergabe des Briefes als erfolgt, sobald der Gerichtsvollzieher den Brief zum Zwecke der Ablieferung an den neuen Gläubiger wegnimmt. — Im Falle der Teilabtretung ist Herstellung und Übergabe eines Teilbriefs zum Erwerbe der Hypothek nicht notwendig (vgl. § 1152, der für den Fall der Teilung der Hypothekenforderung die Herstellung eines Teilhypothekenbriefs nur für zulässig erklärt, nicht aber vorschreibt). Vielmehr

genügt auch Übergabe des Stammbriefs oder Einräumung des Mitbesitzes (§ 866) daran (RG 69, 39; 75, 222; RJA 2, 85; 6, 64; OLG 9, 314; 23, 213; 26, 134), wobei die Einräumung des Mitbesitzes im Falle des unmittelbaren Besitzes des Abtretenden eine gemeinsame Vereinbarung des Abtretenden und des Erwerbers mit einem zu bestellenden Treuhänder unter Übergabe des Briefes an ihn erfordert, und im Falle des unmittelbaren Besitzes eines Dritten auf Grund eines der in § 868 bezeichneten Verhältnisse (z. B. auf Grund Verpfändung, Verwahrung) außer einer Vereinbarung zwischen dem Abtretenden und dem Erwerber über den Mitbesitz eine Willenskundgebung des ersteren gegenüber dem unmittelbaren Besitzer, daß dieser den Brief nur an ihn und den Erwerber gemeinschaftlich herausgeben dürfe (vgl. RG 85, 439; a. M. OLG 26, 134, wonach im letzteren Falle die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Dritten, soweit dieses für die Abzweigung der Teilhypothek nötig sei, genügen soll, weil danach der Erwerber nach Maßgabe des zwischen ihm und dem Abtretenden bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses berechtigt sei, über den Brief für sich zu verfügen). Wenn aber der Stammbrief dem Abtretungsempfänger nur vorübergehend in die Hand gegeben und sogleich zurückgenommen wird, liegt eine Übergabe nicht vor (RG 75, 223; KGJ 21 A 232; 30 A 238; OLG 9, 314). Eine Vereinbarung nach § 1117 Abs 2 ferner genügt auch hier (s. oben) für sich allein nicht; vielmehr muß zum mindesten noch die tatsächliche Einreichung des über die ganze Post gebildeten Hypothekenbriefs beim Grundbuchamt hinzukommen (RG 64, 312; 65, 64; 69, 43), und zwar die Einreichung durch den Abtretenden oder mit seinem Willen durch einen anderen zwecks Herstellung des an den Erwerber auszuhändigenden Teilhypothekenbriefs (RG Warn 1912 Nr 291). — Beantragt der neue Gläubiger unter Vorlegung des Briefes beim Grundbuchamt die **Umschreibung**, so braucht er nicht nachzuweisen, daß er den Brief vom bisherigen Gläubiger übergeben erhalten hat (RJA 7, 138). — Vorstehende Grundsätze gelten auch dann, wenn eine **Briefgrundschuld** oder eine **Eigentümergrundschuld**, die aus einer Briefhypothek entstanden ist, ganz oder zum Teil übertragen werden soll (vgl. RG 64, 308; 65, 62; 69, 36; 75, 222). Ist eine Briefhypothek nur zum Teil Eigentümergrundschuld geworden, so ist der Eigentümer zwar gemäß § 952 Miteigentümer des Hypothekenbriefs (RG 59, 318; 69, 40). Jedoch hat er keinen Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes an dem Briefe, da dem Hypothekengläubiger der Brief zum ausschließlichen Besitz verbleiben muß, damit er uneingeschränkt über den ihm zustehenden Hypothekenteil verfügen kann (RG 69, 41; 75, 222). Vielmehr kann der Eigentümer nur entweder Vorlegung des Briefes an das Grundbuchamt zur Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 896 verlangen oder nach §§ 749, 752, 1152 Aufhebung der Gemeinschaft am Hypothekenbriefe und Vollziehung der Teilung in Natur durch Herstellung eines Teilhypothekenbriefs beanspruchen (RG 59, 318; 69, 42; 75, 222). Dieser Anspruch ist nicht ein Anspruch auf Herausgabe im Sinne des § 931, durch dessen Abtretung nach §§ 1154 Satz 1, 1117 Abs 1 die Übergabe des Briefes ersetzt werden könnte (RG 69, 43).

4. Liegt eines der **beiden Erfordernisse**, schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe, von denen auch jene dieser nachfolgen kann, nicht vor, so geht die Hypothek, auch im Verhältnisse zwischen den Beteiligten, auf den Erwerber nicht über, so daß z. B. im Falle des Konkurses des bisherigen Gläubigers die Hypothek in dessen Konkursmasse fällt (RG 65, 64; RJA 6, 67). Daher versagt insbesondere beim Mangel der Briefübergabe das Recht des Zessionars, wenn der Zedent die Hypothek nochmals, und zwar nunmehr unter Briefübergabe (s. A 3), an einen Dritten abtritt, oder wenn es einem Gläubiger gelingt, eine mit Wegnahme des Hypothekenbriefs verbundene Pfändung der Hypothek auszubringen (RG 65, 64). Ferner wird, wenn es auf den Zeitpunkt des Erwerbs ankommt (wie z. B. im Falle einer dazwischenliegenden Konkurseröffnung), dieser durch die Abtretungserklärung und deren Datum allein nicht nachgewiesen (KGJ 25 A 163; 40, 281; RJA 6, 66). Jedoch wird aus einer, sei es auch nur formlosen, Abtretungserklärung die Verpflichtung des Abtretenden zur Verschaffung der Hypothek (s. A 1) regelmäßig zu entnehmen sein (RG 63, 424; 65, 64; Warn 08 Nr 64, 505). — Ist zu der Abtretung (oder Verpfändung, Pfändung) einer Briefhypothek die erforderliche Briefübergabe nicht hinzugetreten, so wird, da für eine gegenteilige Annahme sich im Gesetz kein Anhalt findet, die unwirksame Verfügung nicht, auch nicht hinsichtlich der persönlichen Forderung, **nachträglich** dadurch wirksam, daß die Hypothek **gelöscht** und der Hypothekenbrief vernichtet wird (RG 76, 231) oder daß die Hypothek in der Zwangsversteigerung **durch den Zuschlag** gemäß §§ 52, 91 ZVG **erlischt** (RG 63, 216, auch 59, 316; 76, 234). — Wegen der Erfordernisse, wenn bei Gelegenheit der Abtretung, die **Zins- oder Zahlungsbedingungen geändert** werden, vgl. KGJ 29 A 176.

5. Die **öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärung** (vgl. § 129, FGG §§ 167, 183, 191), die der neue Gläubiger, abweichend von § 403, **auf Kosten des bisherigen Gläubigers** jederzeit, auch erst nach der Abtretung, zu verlangen berechtigt ist, hat namentlich den Vorteil, daß dem neuen Gläubiger der **öffentliche Glaube des Grundbuchs** nach Maßgabe des § 1155 zustatten kommt (vgl. auch § 40 Abs 2 GBO) und daß der Erwerber die Hypothek geltend machen, kündigen und mahnen kann, ohne vom Eigentümer bzw. Schuldner Widerspruch gemäß §§ 1160, 1161 gewärtigen zu müssen (vgl. OLG 36, 167). — Wird die Hypothek

weiter abgetreten, so geht der Anspruch auf Beglaubigung nach § 401 auf den zweiten Zessionar mit über (OLG 23, 21).

6. Die vollzogene **Eintragung der Abtretung,** nicht schon die Abrede, daß sie stattfinden soll (**RG** 54, 146), ersetzt **die Schriftform der Abtretungserklärung,** nicht etwa auch die Übergabe des Briefes (s. A 3, 4). Zur Vornahme der Eintragung ist aber außer einem (formlosen) Antrage eines Beteiligten (§§ 13, 30 GBO) nach den Ordnungsvorschriften der §§ 19, 26, 29 GBO die in der Form des § 29 GBO abgegebene, die Abtretung als Grund angebende Eintragungsbewilligung (KGJ 40, 268; aber auch genügend Umschreibungsbewilligung, KGJ 40, 272) des bisherigen Gläubigers erforderlich, sowie nach §§ 42, 62 GBO die Vorlegung des Briefes (vgl. **RG** Warn 1912 Nr 260). Der gesetzgeberische Grund für die Zulassung des Ersatzes der Schriftform durch die Eintragung ist gerade, daß diese auf dem Brief zu vermerken ist und dadurch der Berechtigte bereits einen Ausweis in öffentlicher Urkunde erhält (Prot 3, 648; **RG** Warn 1912 Nr 260). Jedoch braucht die Übergabe des Hypothekenbriefs von dem bisherigen an den neuen Gläubiger, selbst wenn von diesem der Eintragungsantrag gestellt wird, dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen zu werden, da § 26 GBO ein solches Erfordernis für die Vornahme der Eintragung formellrechtlich nicht aufstellt (KGJ 51, 280). Aus gleichem Grunde bedarf es für das Grundbuchamt auch nicht des Nachweises der Annahme der Abtretung durch den neuen Gläubiger (s. A 2). Daraus folgt, daß, wenn eine einer Erbengemeinschaft gehörende Hypothek an einen Miterben abgetreten worden ist, es zur Eintragung der Übertragung nicht der Beibringung einer (zustimmenden) Erklärung des erwerbenden Miterben bedarf (KGJ 51, 283) und, falls für diesen die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Abtretungsvertrags etwa erforderlich ist, auch nicht der Beibringung dieser Genehmigung (KGJ 51, 284). — Die Eintragung hat für den Erwerber, auch wenn die Briefhypothek durch schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe rechtswirksam übertragen ist, namentlich den Vorteil, daß er gegen anderweite Verfügungen des bisherigen Gläubigers, falls dieser den Brief wieder erlangt, geschützt ist und daß er bei Geltendmachung der Hypothek nicht gemäß § 1160 sein Gläubigerrecht nachzuweisen braucht. Vgl. auch §§ 55 GBO, §§ 9 Nr 1, 44 ZVG. — Über die erforderliche bestimmte Angabe des Zeitpunkts, von dem die Zinsen abgetreten werden, vgl. KGJ 29 A 179.

7. **Die entsprechende Anwendung der §§ 873, 878 bei der Abtretung einer Buchhypothek** ergibt: Zur Übertragung einer Buchhypothekforderung ist Einigung zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger, die nicht, wie die Abtretungserklärung bei einer Briefhypothek (s. A 2), einer Form bedarf, und Eintragung der Abtretung (§ 873) erforderlich. Zur Vornahme der Eintragung aber ist genügend (§§ 19, 29 GBO) die in der Form des § 29 GBO abgegebene, einseitige Eintragungsbewilligung des bisherigen Gläubigers, sowie ein (formloser) Antrag eines Beteiligten (§§ 13, 30 GBO). Eine in der im § 878 bezeichneten Zwischenzeit eintretende Verfügungsbeschränkung des Abtretenden macht dessen Umschreibungsbewilligung nicht unwirksam. — Über die Erfordernisse für die Übertragung einer Gesamtbuchhypothek vgl. § 1132 A 1.

§ 1155

Ergibt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefs[1]) aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen[2]), so finden die Vorschriften der §§ 891 bis 899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre[3]). Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht gleich ein gerichtlicher Überweisungsbeschluß[4]) und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung[5]).

E I 1114 II 1062; M 3 751 ff.; P 3 654; 6 249.

1. Als erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 891—899 ist, weil die Briefhypothek nach § 1154 Abs 1 nur im Falle der Briefübergabe auf den im Grundbuche als Gläubiger nicht Eingetragenen übertragen sein kann, im § 1155 erfordert, daß letzterer (also im Falle des gegenwärtigen Rechtserwerbs an der Hypothek der unmittelbare Vormann des Erwerbers, zu dessen Gunsten § 892 zur Anwendung kommen soll) **Besitzer des Hypothekenbriefs** ist. Es genügt aber auch ein gemäß §§ 930, 931 vom bisherigen Gläubiger erlangter, mittelbarer Besitz, da dieser gemäß § 1154 Abs 1, 1117 Abs 1 Satz 2 der körperlichen Briefübergabe gleichsteht (**RG** 86, 264). Daß der Vormann des letzten Erwerbers, wenn für diesen § 892 in Frage kommt, den Besitz des Briefes auf rechtmäßigem Wege erlangt gehabt hat, ist nicht erforderlich; Eigenbesitz des Vormanns genügt auch dann, wenn der Vormann ihn unrechtmäßigerweise (z. B. durch Unterschlagung) erlangt hat. Der gutgläubige Erwerber braucht die Rechtmäßigkeit des Besitzes seines Vormanns nicht nachzuprüfen (**RG** 93, 43).

— Daß der gegenwärtige Besitzer (der letzte Erwerber) den Brief von dem bisherigen Gläubiger übergeben erhalten hat, wird nach §§ 1154 Abs 1, 1117 Abs 3 vermutet (**RG** 93, 44). Daher braucht er dies nicht nachzuweisen, wenn er vor dem Grundbuchamt (vgl. § 40 Abs 2 GBO) über die Hypothek verfügen will (RJA 7, 139). Steht allerdings fest, daß er ohne solch eine Übergabe in den Besitz des Briefes gelangt ist, so ist er nicht Gläubiger und kann daher für seinen Erwerb sich nicht auf § 1155 berufen (vgl. **RG** 56, 416). Überträgt er aber die Hypothek unter den Erfordernissen des § 1155 an einen hinsichtlich seiner Besitzerlangung gutgläubigen Dritten, so erwirbt dieser die Hypothek nach §§ 1155, 892 rechtsgültig, und zwar mit der Wirkung, daß späteren Erwerbern auch eine bei ihnen nach der bezeichneten Richtung etwa vorhandene Bösgläubigkeit nicht mehr schadet (s. § 891 A 5).

2. Zweite Voraussetzung ist: **Aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückzuführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen** (vgl. § 1154 A 5) muß sich das Gläubigerrecht des Briefbesitzers (in dem Falle des gegenwärtigen Rechtserwerbs an der Hypothek also: desjenigen, von dem der erwirbt, zu dessen Gunsten § 892 zur Anwendung kommen soll) ergeben, also, daß die Hypothek in öffentlich beglaubigter Form zunächst von dem eingetragenen Gläubiger und dann weiter von den Erwerbern an andere Gläubiger abgetreten ist, bis sie auf den Briefbesitzer gelangt ist (vgl. RJA 3, 147). Aus den Worten „zusammenhängende Reihe" ist jedoch nicht zu folgern, daß eine Mehrheit von Abtretungserklärungen vorliegen muß. Es kommt nur auf den Nachweis des Zusammenhangs mit dem eingetragenen Gläubiger, nicht auf die Zahl der Zwischenmänner an. Daher genügt auch nur „eine" Abtretungserklärung des eingetragenen Gläubigers an den Briefbesitzer (**RG** 86, 263; 93, 44). Ist aber der zuerst Abtretende nicht eingetragener Gläubiger (vgl. OLG 8, 140) oder ist auf einen Zwischengläubiger die Hypothek auf andere Weise als durch Abtretung oder nach Maßgabe des § 1155 Satz 2 übergegangen (vgl. RJA 3, 146) oder liegt eine nicht öffentlich beglaubigte (privatschriftliche) Abtretungserklärung inmitten, so kann zwar das Gläubigerrecht auf den Briefbesitzer gemäß § 1154 übergegangen sein, er steht aber hinsichtlich Anwendung der §§ 891—899 (s. A 3) nicht einem eingetragenen Gläubiger gleich. Wird in dem zuletzt genannten Falle die fehlende öffentliche Beglaubigung nachgeholt, so gilt der Briefbesitzer erst von nun an, insbesondere zugunsten späterer Erwerber, nicht auch für die Vergangenheit als eingetragener Gläubiger. — Nach § 129 Abs 2 wird die öffentliche Beglaubigung durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt. Eine notarielle Urkundenausfertigung steht gleich einer öffentlichen Beglaubigung (**RG** 85, 61; 93, 44; OLG 29, 368). Dies gilt auch dann, wenn der Ausfertigung eine gefälschte Urkunde oder überhaupt keine Urkunde zugrunde liegt; die Ausfertigung ist, wiewohl sie dann widerrechtlich, unter Verstoß gegen § 348 StGB aufgenommen ist, doch eine echte Urkunde (**RG** 85, 61; 93, 44; OLG 29, 368). Aber auch wenn in der Reihe der Abtretungserklärungen die eine oder die andere gefälscht ist, wird dadurch nicht die Anwendung des § 1155 ausgeschlossen, sofern die Urkunde den Schein einer echten, öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung hervorruft; für den gutgläubigen Erwerb des letzten Erwerbers, zu dessen Gunsten § 892 zur Anwendung kommen soll (A 3), genügt der durch Urkunden, die sich äußerlich als öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen darstellen, vermittelte Schein der Berechtigung des Vormanns zur Verfügung über die Hypothek (**RG** 85, 58; 86, 263; 93, 44; Gruch 60, 321 [Warn 1915 Nr 209]; OLG 29, 388). — Zu den Abtretungserklärungen gehören, wiewohl § 1155 nur von dieser spricht, auch, wenn sie von Bevollmächtigten abgegeben werden, Vollmachten, da sie einen Bestandteil der die Eintragung im Grundbuch ersetzenden Legitimation bilden (**RG** Gruch 60, 324). Jedoch gereichen auch hier verborgene Mängel der Vollmachten (z. B. ihre Fälschung) dem gutgläubigen (letzten) Erwerber (§ 892) nicht zum Nachteil, wie auch gegenüber der Eintragung im Grundbuch nicht zum Nachteil des gutgläubigen Erwerbers auf verborgene Mängel der vorgelegten Vollmachten zurückgegangen werden kann (**RG** Gruch 60, 324 [Warn 1915 Nr 209]; OLG 29, 390). — Daß bei den aufeinander folgenden Abtretungen dem späteren Erwerber jedesmal außer der von seinem unmittelbaren Vormann ausgestellten („erteilten", s. § 1154 A 2) Abtretungserklärung auch die Abtretungsurkunden, die den früheren Erwerbern von ihren Vormännern erteilt worden sind, übergeben sein müssen, ergibt sich aus § 1155 nicht (**RG** Gruch 62, 624).

3. Aus der **Anwendung der §§ 891 bis 899 in gleicher Weise, wie wenn der Briefbesitzer als Gläubiger eingetragen wäre,** folgt: Ergibt sich aus der in A 2 bezeichneten Reihe von Urkunden das Gläubigerrecht des Briefbesitzers, so streitet für sein wirkliches Gläubigerrecht die Rechtsvermutung aus § **891**. Wer das Gläubigerrecht trotzdem bestreitet (z. B. mit der Behauptung, die Übertragung an den Briefbesitzer sei nichtig oder dem nicht eingetragenen Rechtsvorgänger habe das Gläubigerrecht nicht zugestanden und dies sei dem Briefbesitzer beim Erwerbe bekannt gewesen), muß das Gegenteil beweisen. — Erwirbt von dem Briefbesitzer ein anderer durch Rechtsgeschäft (Erwerb kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung steht dem rechtsgeschäftlichen Erwerbe nicht gleich, s. § 892 A 4) die Hypothek (§ 1154) oder ein Recht daran (z. B. ein Pfandrecht, s. § 892 A 3), so gilt gemäß § **892** zugunsten des

Erwerbers der Briefbesitzer als der wirkliche Gläubiger, es sei denn, daß der Mangel des Gläubigerrechts (z. B. Fehlen der Briefübergabe oder Nichtigkeit der Abtretung an den Briefbesitzer oder auch, falls nicht ein schon unter dem Schutz des § 892 stehender Rechtserwerb vorangegangen ist, an einen früheren Rechtsvorgänger; über gefälschte Abtretungserklärung s. A 2) dem Erwerber zur Zeit des Erwerbs (im Falle der Abtretung also zu der Zeit, in der Abtretungserklärung und Briefübergabe zusammen vorliegen, s. § 1154 A 4) bekannt ist oder gemäß § 1140 aus dem Briefe sich ergibt, oder daß ein Widerspruch gegen das Gläubigerrecht im Grundbuch eingetragen oder auf dem Briefe vermerkt ist. Daß im Falle der Abtretung der letzte Erwerber seinerseits auf eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung seinen Erwerb gründen kann, ist nicht erforderlich, da jeder rechtsgültige rechtsgeschäftliche Erwerb von dem beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 1155 als eingetragener Gläubiger geltenden Briefbesitzer zur Anwendung des § 892 genügt und nach § 1154 Abs 1 Satz 1 auch durch eine privatschriftliche Abtretungserklärung in Verbindung mit Briefübergabe die Hypothek erworben wird. Überträgt allerdings ein solcher Erwerber die Hypothek weiter, so muß dem zweiten Erwerber zwar hinsichtlich der Vormänner der nämliche Schutz aus § 892 wie dem ersten Erwerber zugestanden werden, da dessen Rechte auf ihn übergehen. Da aber der auf Grund privatschriftlicher Abtretungserklärung Erwerbende nicht als eingetragener Gläubiger gilt, so können dem zweiten Erwerber hinsichtlich Rechtsgültigkeit des Erwerbs des ersten Erwerbers oder des Fortbestehens des Gläubigerrechts (z. B. im Hinblick auf die den Übergang auf einen anderen bewirkende Befriedigung) alle bestehenden Einwendungen ohne Rücksicht auf seine Kenntnis usw. entgegengesetzt werden (str.). Zu bemerken ist jedoch, daß sich der Schutz des § 892 hier ebensowenig wie im Falle des Erwerbs von einem Eingetragenen (RG 69, 268; 84, 245; § 892 A 6 Abs 4), auf den Rechtsakt erstreckt, durch den der (letzte) Erwerber die Hypothek erlangen will; ist diese Erwerbshandlung rechtsunwirksam (z. B. weil die dem Erwerber erteilte Abtretungserklärung fälschlich angefertigt war), so erwirbt der (letzte) Erwerber auch im Falle seines guten Glaubens an die Rechtswirksamkeit des Erwerbsaktes die Hypothek nicht (RG Gruch 60, 325 [Warn 1915 Nr 209]; OLG 29, 389). — Ferner gilt der Briefbesitzer, auch wenn er nicht wahrer Gläubiger ist, als eingetragener Gläubiger im Sinne des **§ 893** hinsichtlich des Schutzes des Gutgläubigen, der an ihn auf Grund der Hypothek eine Leistung bewirkt oder mit ihm in Ansehung der Hypothek ein Rechtsgeschäft der im § 893 gemeinten Art (s. § 893 A 4) vornimmt. — Ist der Briefbesitzer nicht wirklicher Gläubiger, so hat der wahre Berechtigte, um sich gegen einen Rechtsverlust durch einen gutgläubigen Erwerber schützen zu können, die aus den **§§ 894 bis 899** sich ergebenden Rechte auf Berichtigung des Grundbuchs, Eintragung eines Widerspruchs usw. so, als ob der Briefbesitzer im Grundbuch eingetragen stände. — Zu bemerken ist, daß § 1155 den Schutz des öffentlichen Glaubens erweitert, indem er beim Vorliegen der fraglichen Urkundenreihe den Briefbesitzer einem eingetragenen Gläubiger gleichstellt. Hinsichtlich des Inhalts des Grundbuchs selbst (z. B. der Rechtsgültigkeit der Hypothek, des Bestehens der Forderung, der Zulässigkeit von Einwendungen) gelten die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs unmittelbar auch hier, namentlich die §§ 892, 1138 zugunsten eines gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbers der Briefhypothek, und zwar auch dann, wenn sein Gläubigerrecht sich auf andere Urkunden als die des § 1155 (z. B. auf privatschriftliche Abtretungserklärungen) gründet. — Wenn im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks der Erwerber einer Briefhypothek im Verteilungstermin den Brief vorlegt und sich gemäß § 1155 ausweist, ist an ihn, nicht an den als Gläubiger Eingetragenen der auf die Hypothek entfallende Versteigerungserlös auszuzahlen, auch wenn die Übertragung etwa erst kurz vor der Auszahlung stattgefunden und der Erwerber sein Recht nicht gemäß § 114 ZVG angemeldet hat (RG 73, 300; vgl. auch 77, 296).

4. Aus der Gleichstellung eines **gerichtlichen Überweisungsbeschlusses** mit einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung folgt nicht, daß schon zugunsten desjenigen, dem die Hypothek im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesen wird, sein briefbesitzender Schuldner, dessen Gläubigerrecht sich aus einer Urkundenreihe gemäß § 1155 ergibt, hinsichtlich Anwendung der §§ 892ff. als eingetragener Gläubiger gilt; denn nur einem rechtsgeschäftlichen Erwerber stehen diese Vorschriften über den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zur Seite (s. A 3). Erst wenn er die Hypothek weiter überträgt oder sie mit einem Rechte belastet, steht zugunsten des Erwerbers der Überweisungsbeschluß der bezeichneten Abtretungserklärung gleich mit der Wirkung, daß der Erwerber den Schutz aus §§ 1155, 892ff. (s. A 3) genießt. — Unter Überweisungsbeschluß ist nur eine Überweisung der Hypothekenforderung an Zahlungs Statt zum Nennwerte zu verstehen, da durch die Überweisung zur Einziehung nicht das Gläubigerrecht erlangt, sondern nur die Ermächtigung zur Einziehung erteilt wird (§§ 835 Abs 1, 2; 837 ZPO). Eine Übertragung nach § 118 ZVG gehört auch nicht hierher.

5. Nicht **eine kraft Gesetzes erfolgte Übertragung der Forderung** ist der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung gleichgestellt, sondern ein **öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis** dieser Tatsache. Demnach muß von demjenigen, der vor dem Übergange Gläubiger

war, gegenüber dem jetzigen Gläubiger rechtsgeschäftlich in öffentlich beglaubigter Form anerkannt worden sein, daß die betreffende Tatsache, die kraft Gesetzes den Übergang bewirkt, eingetreten und daß zufolge dieser Tatsache die Hypothekenforderung auf den Empfänger der Erklärung übergegangen sei (vgl. § 408 Abs 2; KGJ 27 A 127; 35 A 292; OLG 10, 95; a. M. OLG 18, 178 insofern, als Anerkenntnis jener Tatsache allein schon für genügend erachtet wird). Ein solches Anerkenntnis soll für die Geltung des Briefbesitzers als eingetragenen Gläubigers (s. A 2, 3) einer Abtretungserklärung gleichstehen. Der bloße Nachweis des kraft Gesetzes erfolgten Übergangs, mag er auch in öffentlicher Form erbracht sein, genügt nicht (KGJ 25 A 162; 35 A 292; RJA 9, 210; OLG 32, 413). Der Fall des Übergangs kraft Gesetzes durch Erbgang scheidet daher von vornherein aus, weil eine Anerkenntniserklärung des Erblassers als bisherigen Gläubigers nicht in Frage kommen kann; insbesondere ist ein Erbschein oder eine letztwillige Verfügung, wodurch der Übergang auf den Erben nachgewiesen wird, kein Anerkenntnis (str., KGJ 25 A 162; 27 A 127; 35 A 292; RJA 9, 210; OLG 10, 95). Aber auch eine Quittung über eine Zahlung, die den Übergang der Hypothek auf einen anderen zur Folge hat, genügt nicht, da sie kein Anerkenntnis des erfolgten Übergangs enthält (str.). — Eine andere Frage hinsichtlich des vorhergenannten Falles der Erbfolge ist es, ob die Urkundenreihe des § 1155 (vgl. auch § 40 Abs 2 GBO) dadurch unterbrochen wird, daß ein Abtretender in der Reihe die Hypothek durch Erbgang, nicht durch Abtretung usw. erlangt hat. Dies wird zu verneinen sein, weil zufolge der Gesamtnachfolge Erblasser und Erbe hinsichtlich des Gläubigerrechts an der Hypothek als nur eine Person zu gelten haben (str., vgl. RJA 9, 207). — Über die Fälle, in denen eine Hypothekenforderung auf einen anderen kraft Gesetzes übergeht, vgl. § 1143 A 3 und §§ 268, 426 Abs 2, 774, 1143, 1163 Abs 1 Satz 2, 1164, 1168, 1173, 1174, 1182, 1438, auch ZPO § 868. Gleichzustellen sind die Fälle, in denen die Hypothek ohne die Forderung (als Grundschuld) kraft Gesetzes übergeht (s. § 1143 A 3), sowie der Fall des § 1163 Abs 1 Satz 1 (Nichtentstehen der Forderung). — Das Anerkenntnis kann durch eine rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe der anerkennenden Erklärung gemäß § 894 ZPO ersetzt werden. Die Verpflichtung zur Abgabe des Anerkenntnisses ergibt sich aus den §§ 403, 412, 1144. — Zu bemerken ist, daß, wenn der letzte Inhaber die Hypothek kraft Gesetzes erworben hat, er auch beim Vorhandensein eines Anerkenntnisses ebensowenig wie im Falle der Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung für seinen Erwerb den Schutz des öffentlichen Glaubens (§§ 1155, 892) in Anspruch nehmen kann, da nur der rechtsgeschäftliche Erwerb geschützt wird (s. A 4).

§ 1156

Die für die Übertragung der Forderung[1]) geltenden Vorschriften der §§ 406 bis 408 finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Hypothek[2]) keine Anwendung[3]). Der neue Gläubiger muß jedoch eine dem bisherigen Gläubiger gegenüber erfolgte Kündigung des Eigentümers gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Übertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen ist[4]).

E I 1089 II 1063; M 3 711 ff.; P 3 589 ff., 664 f., 683.

1. **Übertragung der Forderung** begreift nicht nur die Abtretung der Hypothekenforderung (§§ 398 ff., 1154), sondern auch (vgl. § 408 Abs 2) ihre Übertragung kraft Gesetzes (s. § 412, § 1143 A 3, § 1155 A 5), sowie die Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 835 ZPO). — Ob die Forderung durch Buchhypothek oder durch Briefhypothek gesichert ist, macht keinen Unterschied. Dagegen findet § 1156 auf Sicherungshypotheken gemäß § 1185 Abs 2 keine Anwendung. Vgl. ferner wegen der Forderungen auf Zinsen, andere Nebenleistungen, Kosten die abweichenden Bestimmungen der §§ 1158, 1159.

2. Nur **auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger** und nur **in Ansehung der Hypothek** (s. § 1138 A 1) finden die §§ 406—408 keine Anwendung. Für das Verhältnis zwischen dem persönlichen Schuldner und dem neuen Gläubiger und gegenüber der Schuldklage des letzteren gelten die §§ 406—408 (z. B. § 407 hinsichtlich der Frage, ob die Mitteilung des Grundstücksveräußerers von der Schuldübernahme des Erwerbers nach § 416, die an den früheren Hypothekengläubiger erfolgt, dem neuen Gläubiger gegenüber wirksam ist) ebenso wie die anderen auf Einwendungen des Schuldners gegenüber dem neuen Gläubiger bezüglichen Vorschriften der §§ 404, 405, 409—411 (**RG** 67, 413; 80, 92; **Warn 1914** Nr 245; **JW** 1916, 908[7]). Ist daher der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner und wird gegen ihn vom neuen Gläubiger sowohl die dingliche Klage aus dem Hypothekenrecht, als auch die Schuldklage aus der persönlichen Forderung erhoben (s. § 1138 A 1, § 1147 A 4), so kann der Beklagte mit einer Einwendung aus §§ 406—408 gegenüber der Schuldklage durchdringen, während sie ihm der dinglichen Klage gegenüber versagt ist (s. A 3).

3. **Da die Vorschriften der §§ 406—408 keine Anwendung finden,** kann der Eigentümer nicht, wie der persönliche Schuldner gegenüber der Schuldklage (s. A 2), die nachstehend genannten Einwendungen, die sich auf Ereignisse nach der Übertragung gründen, gegenüber der dinglichen Klage des neuen Gläubigers erheben. Zunächst nicht die Einrede der Aufrechnung mit einer ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderung, auch wenn die im **§ 406** bestimmten Ausnahmen von der Aufrechnungsbefugnis des Schuldners in seiner Person nicht vorliegen (SeuffA 62 Nr 137; OLG 26, 154). Nur wenn die Aufrechnung bereits vor der Übertragung dem bisherigen Gläubiger gegenüber erklärt worden und dadurch also die Hypothekenforderung getilgt war, kann er dies auch gegenüber dem neuen Gläubiger gemäß § 1137 geltend machen; jedoch im Falle rechtsgeschäftlicher Übertragung (Abtretung; für die Fälle der Übertragung kraft Gesetzes oder der Überweisung gilt dies nicht) gemäß § 1138 auch nur dann, wenn der neue Gläubiger beim Erwerbe nicht gutgläubig war (s. § 1138 A 3; SeuffA 62 Nr 137; OLG 26, 154). — Ferner kann der Eigentümer sich nicht gemäß **§ 407 Abs 1** (§ 412) auf Leistungen (z. B. Zahlung auf die Hypothek) oder Rechtsgeschäfte (z. B. Stundung, Erlaß, Aufrechnungserklärung) berufen, die er oder die der persönliche Schuldner nach der Übertragung an den bisherigen Gläubiger bewirkt bzw. mit diesem vorgenommen hat, auch wenn ihm die Übertragung nicht bekannt gewesen ist; es sei denn, daß ihm die Vorschriften der §§ 893, 1155 zur Seite stehen (z. B. bei der Briefhypothek der bisherige Gläubiger noch als solcher im Grundbuch eingetragen und die Abtretung nicht in öffentlich beglaubigter Form erklärt ist). In letzterer Hinsicht ist zu bemerken, daß § 893 nur Leistungen und dingliche Verfügungen über das im Grundbuch eingetragene Recht betrifft; z. B. nicht auch Verpflichtungen aus schuldrechtlichen Verträgen in Ansehung des Rechtes (JW 1916, 908[7]). Über die Ausnahme bezüglich der Kündigung s. § 1156 Satz 2. — Weiter kann der Eigentümer nicht gemäß **§ 407 Abs 2** (§ 412) ein rechtskräftiges Urteil, das in einem nach der Übertragung anhängig gewordenen Rechtsstreite (vgl. §§ 265, 325 ZPO) mit dem bisherigen Gläubiger über die Hypothek oder die persönliche Forderung ergangen ist, gegenüber dem neuen Gläubiger zur Geltung bringen, auch wenn er die Übertragung beim Eintritte der Rechtshängigkeit nicht gekannt hat. — Durch **§ 408** wird der Dritte, an den die Forderung nochmals übertragen ist, hinsichtlich der im § 407 bezeichneten Maßnahmen des Schuldners dem bisherigen Gläubiger gleichgestellt. — Dagegen finden die Vorschriften der §§ 404, 405, 409—411 an sich auch auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger Anwendung (vgl. über Einwendungen nach § 404 und Anwendung des § 405 bei Anerkennung des Bestehens der Hypothekenforderung durch den Hypothekbesteller nur zum Schein **RG** Warn 1914 Nr 245). Z. B. gilt dies, wenn die Hypothekenforderung durch selbständiges Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 begründet worden ist, von der (Bereicherungs-) Einrede aus § 812 Abs 2, daß der rechtliche Grund für das Schuldanerkenntnis nicht vorhanden gewesen oder später weggefallen sei; sie kann, da sie gewissermaßen als innerer Mangel dem Schuldanerkenntnis von vornherein anhaftet, nach § 404 (und § 405, der das Anerkenntnis ausdrücklich erwähnt) auch gegenüber dem neuen Gläubiger (Rechtsnachfolger des Bereicherten) geltend gemacht werden (**RG** 86, 304). Ferner gilt dies z. B., wenn der Eigentümer gemäß § 1137 eine dem persönlichen Schuldner gegenüber dem bisherigen Gläubiger zustehende, die Geltendmachung der Hypothekenforderung dauernd ausschließende Einrede dem neuen Gläubiger entgegensetzt (**RG** JW 1916, 908[7]). Jedoch greift hinsichtlich der Einwendungen aus §§ 404, 405 nach §§ 1138, 1157 der Schutz gutgläubigen Erwerbs ein (bei der Verkehrshypothek; bei der Sicherungshypothek gilt § 1138 nach § 1185 Abs 2 nicht; vgl. **RG** 91, 225; JW 1916, 908[7]), und § 410 erfährt durch die Vorschriften der §§ 1144, 1145, 1160 Änderungen.

4. Daß eine **Kündigung des Eigentümers gegenüber dem bisherigen Gläubiger,** wenn die Übertragung nicht eingetragen und auch dem Eigentümer nicht bekannt ist, auch gegenüber dem neuen Erwerber wirkt, ist eine Ausnahme von § 407 Abs 1, § 1156 Satz 1 (s. A 3). — Über die Kündigung des Gläubigers vgl. § 1141.

§ 1157

Eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses[1]) gegen die Hypothek[2]) zusteht, kann auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden[3]). Die Vorschriften der §§ 892, 894 bis 899, 1140 gelten auch für diese Einrede[4]).

E I 1084 II 1064; M 3 700; P 3 580, 582; 6 253.

1. Während nach § 1156 (der dem Eigentümer nur die Einwendungen aus §§ 406—408, also Einwendungen auf Grund von Ereignissen, die nach der Forderungsübertragung eingetreten sind, versagt) und nach §§ 404, 1137 der Eigentümer die zur Zeit der Forderungsübertragung gegen den bisherigen Gläubiger begründeten Einwendungen aus dem Schuld-

verhältnisse des persönlichen Schuldners auch gegenüber der dinglichen Klage des neuen Gläubigers geltend machen kann, soweit nicht die Wirkung gutgläubigen Erwerbs (§ 1138) entgegensteht (s. § 1156 A 3), trifft § 1157 Bestimmung über **Einreden des Eigentümers** auf Grund eines **zwischen ihm** selbst und dem **bisherigen Gläubiger** bestehenden **persönlichen Rechtsverhältnisses.** Unter diesem Rechtsverhältnisse ist also zunächst nicht das Schuldverhältnis zwischen dem persönlichen Schuldner und dem bisherigen Gläubiger zu verstehen. Auf Einreden daraus bezieht sich § 1157 nicht (vgl. jedoch **RG** 91, 223, wo auch bei einer Hypothek für eine Kaufpreisforderung die Einrede der Minderung des Kaufpreises, der Unsittlichkeit [Nichtigkeit] des Kaufgeschäfts hierher gerechnet werden). Ebensowenig auf Einwendungen, die den Bestand des dinglichen Rechtes (z. B. die Rechtsgültigkeit der Hypothekbestellung) oder den Eintritt von dinglichen Rechtsänderungen (z. B. Übergang der Hypothek kraft Gesetzes auf einen anderen zufolge Befriedigung des Gläubigers) zum Gegenstande haben (vgl. hierüber § 1137 A 1). In letzterer Hinsicht kommen bezüglich der Frage, ob solche Einwendungen einem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden können, die §§ 892, 1140 (Rechtserwerb in gutem Glauben) unmittelbar zur Anwendung, da diese Einwendungen sich gegen die Richtigkeit des Grundbuchinhalts richten (vgl. jedoch **RG** 74, 214, wo § 1157 auch auf den Fall des Freiwerdens von dinglicher Haftung für anwendbar erachtet wird). § 1157 betrifft vielmehr nur *schuldrechtliche Beziehungen* zwischen dem Eigentümer als solchem und dem bisherigen Gläubiger (**RG** Warn 08 Nr 454; SeuffA 64, 194). Vgl. die Beispiele in § 1137 A 1. Namentlich kommen in Betracht die Einreden der Stundung, des Erlasses. Ferner die die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausschließenden Einreden, die den Eigentümer nach § 1169 (s. dort A 1) zum Verlangen des Verzichts auf die Hypothek berechtigen (vgl. **RG** 74, 215; Gruch 60, 508 [Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung]). Auch die Einrede: der durch den Eigentümer (§ 1142 Abs 2) vorgenommenen Aufrechnung (vgl. **RG** 91, 223); daß nach der getroffenen Vereinbarung der Gläubiger während der Besitzzeit des Eigentümers die Hypothek nicht sollte abtreten dürfen (§§ 399, 405, vgl. KGJ 29 A 246); daß die Hypothek dem Zedenten nur zur Sicherheit übertragen worden sei und er sie deshalb nicht habe abtreten dürfen (**RG** JW 01, 181; Warn 1910 Nr 17); daß der Gläubiger, wenn der Eigentümer Teile des belasteten Grundstücks veräußert, die veräußerten Parzellen gegen Abzahlung eines Teiles der Hypothekenforderung aus der Haftung entlassen soll (KGJ 33 A 261); daß fällige Raten einer Darlehnshypothek durch Verrechnung (z. B. mit Lohnforderungen des Eigentümers) getilgt werden sollen (OLG 18, 161). In **RG** 91, 225 ist ferner die Einrede aus einem fiduziarischen Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem bisherigen Gläubiger der Hypothek auf Rückübertragung nach Erledigung des fiduziarischen Rechtsverhältnisses als hierher gehörig erachtet worden. Jedoch wird dabei der Eigentümer nicht als solcher, sondern als persönlicher Schuldner in Betracht kommen und es sich um eine Einrede aus dem persönlichen Schuldverhältnis (s. oben) handeln. Hinsichtlich einer Grundschuld in solchem Falle aber s. A 2. — Nur dem Eigentümer, in dessen Person das Rechtsverhältnis begründet ist, steht eine Einrede daraus auch gegenüber dem neuen Gläubiger zu. Nicht etwa gleichfalls seinem *Sondernachfolger* im *Eigentum* (s. § 1137 A 1). Hat der Eigentümer mit dem Gläubiger z. B. vereinbart, daß, wenn eine Parzelle von ihm abverkauft würde, der Gläubiger die Parzelle wegen der Hypothek nicht in Anspruch nehmen dürfe, so kann der Eigentümer der Parzelle, auf welche die Hypothek übertragen wurde, gegen die dingliche Klage, sei es des ursprünglichen Gläubigers oder gar seines Rechtsnachfolgers, die Nichthaftung der Parzelle nicht (in letzterer Hinsicht insbesondere nicht auf Grund § 1157) einwenden (a. M. KGJ 33 A 261). Es kann aber die Hypothek als eine auflösend bedingte bezüglich der Parzelle für den Fall der Abtrennung gestaltet werden. Diese Bedingung ist eintragungsfähig und zur Wirksamkeit gegenüber den Rechtsnachfolgern des Gläubigers auch eintragungsbedürftig. — Ob der (vom neuen Gläubiger mit der dinglichen Klage belangte, s. A 2) *Eigentümer* nur dinglich für die Hypothek haftet oder er *zugleich auch persönlicher Schuldner* der Hypothekenforderung ist, macht keinen Unterschied. § 1157 trifft nach seinem Wortlaut beide Fälle (**RG** 81, 85). Wenn z. B. der bisherige Gläubiger, der die Hypothek durch Abtretung erlangt hat, zur Befriedigung des ursprünglichen Gläubigers der Hypothek gegenüber dem Eigentümer, der zugleich der persönliche Schuldner ist, verpflichtet war (z. B. zufolge Schuldübernahme beim Kauf eines anderen Grundstücks des Eigentümers, die von dem ursprünglichen Gläubiger nicht genehmigt war, gemäß § 415 Abs 3), kann der Eigentümer (und persönliche Schuldner) gegenüber der dinglichen Klage eines neuen Gläubigers (zweiten Zessionars) die aus der Befriedigungsverpflichtung (des ersten Zessionars) sich ergebende Einrede gemäß § 1157 Satz 1 (falls die Einrede nicht nach Satz 2 ausgeschlossen ist, s. A 4) entgegensetzen (**RG** 81, 82).

2. § 1157 betrifft nur Einreden **gegen die Hypothek,** d. i. gegenüber der dinglichen Klage (s. § 1447 A 4) des neuen Gläubigers (**RG** 81, 85). Der mit der Schuldklage belangte, vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner kann sich auf die rein persönlichen, die

schuldrechtliche Forderung nicht berührenden Abmachungen zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger überhaupt nicht berufen (vgl. § 1141 A 1). — Ob aus einer **Verkehrshypothek** oder aus einer **Sicherungshypothek** das dingliche Recht geltend gemacht wird, ist gleichgültig (§ 1185 Abs 2; vgl. **RG** 74, 215). Auch auf **Grundschulden** findet die Vorschrift gemäß § 1192 Anwendung. Hier ist sie auch von besonderer Bedeutung, weil die Grundschuld nicht von einer Forderung abhängig ist und die dem Eigentümer gegen die Hypothek nach § 1137 zustehenden Einreden des persönlichen Schuldners gegen die zugrunde liegende Forderung für die Grundschuld nicht in Betracht kommen (**RG** 91, 223; Warn 08 Nr 454). Es ist dabei das der Grundschuldbestellung zugrunde liegende schuldrechtliche Grundgeschäft als ein zwischen dem die Grundschuld bestellenden Eigentümer und dem ursprünglichen Gläubiger bestehendes Rechtsverhältnis im Sinne des § 1157 anzusehen (**RG** Warn 08 Nr 454; [1914 Nr 292]; Gruch 58, 1042). So greift Platz die den Eigentümer zum Verlangen des Verzichts auf die Grundschuld nach § 1169 (s. dort A 1) berechtigende Einrede, daß die Grundschuld ohne rechtlichen Grund bestellt sei, weil sie zur Sicherung einer Forderung habe dienen sollen, die Forderung aber nicht entstanden sei (vgl. **RG** 78, 67; Gruch 58, 1042 [Warn 1914 Nr 292]; SeuffA 64, 194). Ferner die Einrede, daß die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung gegen den Eigentümer fiduziarisch bestellt sei und der bisherige Gläubiger zufolge Tilgung der Forderung zur Rückübertragung der Grundschuld verpflichtet gewesen wäre (**RG** 91, 225; OLG 31, 347); dabei greift (die Bösgläubigkeit des Erwerbers hinsichtlich des fiduziarischen Rechtsverhältnisses nach § 1157 Satz 2 vorausgesetzt) die Einrede, weil sie sich auf das fiduziarische Rechtsverhältnis gründet, das von vornherein die bedingte Verpflichtung zur Rückübertragung der Grundschuld enthielt, gemäß § 404 auch dann durch, wenn die Tilgung an den bisherigen (den abtretenden) Gläubiger erst nach der Abtretung erfolgt ist (**RG** 91, 225).

3. **Dem neuen Gläubiger** (s. über die Bedeutung § 1156 A 1) **können** die fraglichen **Einreden entgegengesetzt werden** ohne weitere Voraussetzungen als die aus § 1157 Satz 2 sich ergebenden. Insbesondere ist nicht erfordert, daß die Einreden eingetragen sind. Die Eintragung ist aber zulässig (vgl. KGJ 33 A 261; OLG 10, 414 f.; 18, 162). Dies folgt aus §§ 1157 Satz 2, 894. Danach ist zufolge besonderer Gesetzesvorschrift, wiewohl das fragliche Rechtsverhältnis an sich ein rein persönliches ist, es so anzusehen, als ob beim Fehlen der Eintragung der betreffenden Einredetatsachen das Grundbuch unrichtig wäre, und kann der Eigentümer gemäß § 894 die Eintragung zwecks Berichtigung des Grundbuchs sogar verlangen. Dagegen ist die Eintragung einer Vormerkung nicht zulässig. Denn es steht nicht ein Anspruch auf Aufhebung der Hypothek oder Änderung des Inhalts usw. im Sinne des § 883 in Frage (str., vgl. KGJ 33 A 259). Nur ein Widerspruch kann nach Satz 2 zu dem Zwecke eingetragen werden, die Berufung des neuen Gläubigers auf seinen guten Glauben auszuschließen (s. A 4). — Wegen der Hypothek für Zinsen, andere Nebenleistungen, Kosten, vgl. die abweichenden Bestimmungen in §§ 1158, 1159. — Um Entgegensetzen einer Einrede gegen die Hypothek handelt es sich nicht, wenn der Eigentümer seinerseits gegen den Scheinzessionar einer Hypothek auf Einräumung des Vorrangs vor einer anderen Hypothek deswegen klagt, weil der Scheinzedent ihm gegenüber die Verpflichtung übernommen habe, falls die andere Hypothek eingetragen werde, ihr den Vorrang einzuräumen. Eine solche Klage kann nur, wenn Zedent und Zessionar zusammengewirkt haben, um dem Eigentümer das Recht auf die Vorrangseinräumung zu entziehen, in § 826 ihre Begründung finden (**RG** 95, 160).

4. Aus der **Geltung der §§ 892, 894 bis 899, 1140 auch für diese Einrede** folgt: Eine zur Zeit der Hypothekenübertragung gegenüber dem bisherigen Gläubiger bestehende Einrede im Sinne des § 1157 (s. A 1) kann seitens des Eigentümers der dinglichen Klage (s. A 2) des neuen Gläubigers nur dann gemäß Satz 1 entgegengesetzt werden, wenn das Bestehen der Einrede dem neuen Gläubiger zur Zeit des Hypothekenerwerbs bekannt war (vgl. **RG** Gruch 58, 1042 [Warn 1914 Nr 292]) oder aus dem Grundbuch (s. A 3) oder bei der Briefhypothek aus dem Briefe sich ergab (**RG** 81, 86), oder wenn der Eigentümer einen Widerspruch in das Grundbuch hat eintragen oder bei der Briefhypothek auf dem Briefe hat vermerken lassen. Dabei ist hinsichtlich der zuerst genannten Kenntnis zu bemerken, daß der durch § 892 gewährleistete Schutz des guten Glaubens an die Richtigkeit des Grundbuchs die Geltendmachung der Einreden des Eigentümers gegenüber der dinglichen Klage aus der Hypothek (oder Grundschuld, s. A 2) nicht nur dann ausschließt, wenn der Erwerber der Hypothek (Grundschuld) hinsichtlich der den Einreden zugrunde liegenden Tatsachen in gutem Glauben war, sondern auch dann, wenn er ungeachtet seiner Kenntnis der tatsächlichen Unterlagen infolge eines Rechtsirrtums der Meinung gewesen ist, daß der Hypothek (Grundschuld) eine Einrede nicht entgegenstehe (**RG** 91, 223; vgl. OLG 31, 349; § 1138 A 2b). Vgl. jedoch **RG** 91, 224, wonach, wenn zwischen dem Eigentümer und dem bisherigen Gläubiger einer Briefgrundschuld, die an diesen von einem nur formell als Gläubiger Eingetragenen abgetreten war, ein fiduziarisches Rechtsverhältnis insofern bestand, als die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung gegen den Eigentümer dienen sollte und dies dem neuen Gläubiger beim Erwerbe

der Grundschuld bekannt war, er sich auch nicht im Irrtum darüber befand, daß der bisherige Gläubiger nach Tilgung der Forderung zur Rückübertragung der Grundschuld an den Eigentümer verpflichtet war, seine irrtümliche Annahme, es sei durch die von ihm verlangte zuvorige Umschreibung der Grundschuld auf den bisherigen Gläubiger im Grundbuch der Mangel der vollen Verfügungsberechtigung des bisherigen Gläubigers beseitigt, seine Bösgläubigkeit nicht ausschließt, da sein Rechtsirrtum nicht das Bestehen der Einrede des Eigentümers aus dem fiduziarischen Rechtsverhältnis betrifft, sondern die rechtlichen Wirkungen der an den bisherigen Gläubiger erfolgten Grundschuldabtretung hinsichtlich des Schutzes des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. — Die vorbezeichnete Einschränkung der Zulässigkeit der Einreden gilt nur für den Fall rechtsgeschäftlichen Erwerbs des neuen Gläubigers. Ist auf diesen die Hypothek kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung übertragen (s. § 1156 A 1), so finden die im § 1157 Satz 2 genannten Vorschriften keine Anwendung und kann der Eigentümer einem solchen neuen Gläubiger die Einreden gemäß § 1157 Satz 1 unbeschränkt entgegensetzen (s. § 892 A 4).

§ 1158

Soweit[1]) die Forderung auf Zinsen oder andere Nebenleistungen[2]) gerichtet ist, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Übertragung[3]) Kenntnis erlangt, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden, finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger die Vorschriften der §§ 406 bis 408 Anwendung; der Gläubiger kann sich gegenüber den Einwendungen, welche dem Eigentümer nach den §§ 404, 406 bis 408, 1157 zustehen, nicht auf die Vorschriften des § 892 berufen[4]).

E I 1090, 1112 II 1068; M 3 713, 714, 750; P 3 591; 4 604; 6 253.

1. Die Hypothek für die Zinsen oder andere Nebenleistungen folgt den gleichen Regeln wie die Hypothek für die Kapitalforderung, soweit nicht durch besondere Vorschriften (vgl. §§ 1159, 1178) etwas anderes bestimmt ist (RG 72, 364; Warn 1915 Nr 85). Zu den besonderen Vorschriften gehört die des § 1158. — **Soweit** die Forderung auf Zinsen usw. übertragen wird, gilt die Vorschrift des § 1158 also auch dann, wenn die Zinsforderung mit der Hauptforderung zusammen Gegenstand der Übertragung ist.

2. Über **„andere Nebenleistungen“** s. § 1115 A 6.

3. **Übertragung** begreift sowohl die rechtsgeschäftliche Übertragung (Abtretung) als auch den Übergang kraft Gesetzes und die Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung (s. § 1156 A 1). Jedoch ist zu beachten, daß, soweit bezüglich der gegenüber dem neuen Gläubiger zustehenden Einwendungen der öffentliche Glaube des Grundbuchs Wirkungen äußert (s. A 4), diese nur im Falle der Abtretung Platz greifen. — Die Form der Abtretung der durch Hypothek gesicherten Forderungen auf Zinsen oder andere Nebenleistungen ist verschieden, je nachdem es sich um rückständige oder noch nicht fällige Zinsen usw. handelt. In ersterer Hinsicht trifft § 1159 Bestimmung (s. dort A 2). Die Abtretung noch nicht fälliger Zinsen usw., mag sie auch diese allein betreffen, erfolgt ebenso wie die der Hauptforderung (RG 72, 364), also bei Briefhypotheken gemäß § 1154 Abs 1, 2 (schriftliche Abtretungserklärung oder Eintragung und Briefübergabe), bei Buchhypotheken gemäß § 1154 Abs 3 (Einigung und Eintragung). Im ersteren Falle ist der Stammbrief zu übergeben oder Mitbesitz daran einzuräumen (s. § 1152 A 2) oder ein etwa über das abgetretene Zinsrecht hergestellter Teilhypothekenbrief (RG 86, 219; § 1152 A 4) zu übergeben (s. § 1154 A 3). Desgleichen erfolgt die rechtsgeschäftliche Verpfändung sowie die Pfändung der Hypothek für noch nicht fällige Zinsen ebenso wie die Verpfändung und die Pfändung der Hypothek für die Hauptforderung gemäß § 1274 Abs 1 BGB (schriftliche Verpfändungserklärung, RG Gruch 49, 47, oder Eintragung der Verpfändung in das Grundbuch und Übergabe des Hypothekenbriefs unter Anwendung der §§ 1205, 1206 bei Briefhypotheken, Einigung über die Pfandrechtsbestellung und Eintragung in das Grundbuch bei Buchhypotheken) bzw. gemäß § 830 Abs 1 ZPO (bei Briefhypotheken Übergabe des Briefes, bei Buchhypotheken Eintragung der Pfändung, RG 74, 83). — Wird eine verzinsliche Hypothekenforderung abgetreten ohne eine Erklärung über die Zinsen oder ohne Angabe des Tages, von dem ab die Zinsen auf den Erwerber übergehen sollen, so wird im Wege der Auslegung festzustellen sein, ob und von welchem Zeitpunkt ab die Zinsen mitübertragen worden sind. Die Eintragung der Abtretung wird jedoch das Grundbuchamt zur Wahrung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ablehnen dürfen, wenn Zweifel nach diesen Richtungen bestehen (KGJ 29 A 185; 40, 273; 46, 235; 51, 294; bei einem Übergang kraft Gesetzes durch Gesamtrechtsnachfolge kommt dagegen solch ein Zweifel nicht in Frage, KGJ 50, 194). Im Falle der Verpfändung

erstreckt sich nach § 1289 Satz 1 das Pfandrecht ohne weiteres auch auf die Zinsen. Jedoch gilt dies nur dann, wenn dem verpfändenden Gläubiger nicht nur die Hauptforderung, sondern auch das Zinsrecht zusteht, da er anderenfalls über das Zinsrecht nicht verfügen durfte. Deshalb kann der Grundbuchrichter auch für die Eintragung der Verpfändung einer Hypothek eine zweifelsfreie Erklärung darüber verlangen, ob und von welchem Zeitpunkt an die Zinsen mitverpfändet sind (KGJ 46, 240). — Wird bei der Abtretung der Zinsfuß herabgesetzt, so handelt es sich in letzterer Hinsicht um teilweise Aufhebung des hypothekarischen Rechtes im Sinne der §§ 875, 1183, so daß neben der Aufgabeerklärung des Gläubigers die Zustimmung des Eigentümers und die Eintragung der Zinsherabsetzung erforderlich ist (RG 72, 365). Die letztere ist „Löschung der Hypothek" im Sinne des § 27 Abs 1 GBO; auch dem Grundbuchamt muß daher die Zustimmungserklärung des Eigentümers, und zwar in der Form des § 29 GBO beigebracht werden (RG 72, 362; RJA 4, 168; KGJ 27 A 48). — Streitig ist, ob das Zinsrecht (das Zinsbezugsrecht) oder das Recht auf andere Nebenleistung ganz oder zum Teil für sich allein an einen anderen abgetreten oder, was dem gleichsteht, bei der Abtretung der Hauptforderung dem Abtretenden vorbehalten werden kann. Dies ist zu bejahen, da durch die Teilung des Gläubigerrechts das Zinsrecht oder das Recht auf Nebenleistung nicht von der Forderung losgelöst wird, sondern von dem Bestande dieser abhängig bleibt (RG 74, 81; 86, 219; KGJ 40, 274; 40, 275; 46, 240; 49, 218; 51, 290; a. M. OLG 12, 130). Steht das Recht auf die künftigen Zinsen einem anderen als dem Gläubiger der Hauptforderung zu, so kann es gegen den Berechtigten selbständig gepfändet werden (RG 74, 81). Jedoch bleibt das Zinsrecht auch dann, wenn es einem anderen als dem Gläubiger der Hauptforderung zusteht, von dem Bestande der Hauptforderung rechtlich abhängig; erlischt die Hauptforderung, so erlischt auch in diesem Falle das Zinsrecht (KGJ 42, 270; 46, 236); aber die Eigentümergrundschuld, in die sich die Hypothek zufolge Erlöschens der Forderung umwandelt, ist nach § 1177 Abs 1 Satz 2 auch in diesem Falle eine verzinsliche (vgl. § 1178 A 3). Wird das Zinsrecht auf Lebenszeit abgetreten oder vorbehalten, so wird hierin, regelmäßig wenigstens, die Bestellung eines Nießbrauchs an der Forderung zu erblicken sein (vgl. §§ 1038, 1069, 1076; RG 74, 83; 86, 220; KGJ 40, 275). Ist dies der Fall, so ist, da dann die Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, gemäß § 876 zur Löschung der Hypothek die Zustimmung des Nießbrauchsberechtigten erforderlich (RG 86, 220). Ist dagegen die Hypothek nur in Ansehung der Hauptforderung abgetreten, das Recht auf Bezug der künftigen Zinsen aber dem ursprünglichen Gläubiger verblieben, ohne daß eine Nießbrauchsbestellung anzunehmen ist, mithin die Hypothek in eine solche über die Hauptforderung und eine Zinshypothek geteilt (s. oben), so findet § 876 keine Anwendung und ist der ursprüngliche Gläubiger zur Löschung der Hypothek in Ansehung der Hauptforderung, zu der es seiner Zustimmung nicht bedarf, mitzuwirken nicht verpflichtet, auch kann der Erwerber der Stammhypothek über diese verfügen, insbesondere sie einziehen und ihre Löschung bewilligen, ohne daß er im letzteren Falle verpflichtet wäre, dem Hypothekenschuldner gleichzeitig auch eine Löschungsbewilligung über die Zinshypothek zu verschaffen (RG 86, 220). Auch wenn der Eigentümer eine aus einer verzinslichen Hypothek ihm zugefallene Eigentümergrundschuld unter Umwandlung in eine Hypothek für eine neue Forderung (§ 1198) an einen anderen abtritt, kann er sich das Zinsrecht (§ 1177 Abs 1 Satz 2) vorbehalten; die Eigentümergrundschuld wird dann geteilt in eine Hypothek für die Hauptforderung des neuen Gläubigers und eine Grundschuld des Eigentümers für das Zinsrecht (KGJ 51, 290). Ist in solchem Falle die neue Forderung eine unverzinsliche und führt der Eigentümer nicht zugleich gemäß § 875 (KGJ 51, 290) die Löschung der Grundschuld für das Zinsrecht herbei, so wird anzunehmen sein, daß er sich das Zinsrecht vorbehält. Jedoch wird auch hier (s. oben) das Grundbuchamt eine bestimmte Erklärung, ob die Grundschuld für das Zinsrecht mit abgetreten werden oder dem Eigentümer verbleiben soll, vor Vornahme der Eintragung der Umwandlung und der Abtretung erfordern dürfen (KGJ 51, 291). Zu beachten ist, daß, wenn der abtretende Hypothekengläubiger sich (nicht einem anderen) wirklichen Nießbrauch (auf Lebenszeit) an der Hypothek vorbehalten will, er dies nicht in der Weise bewirken kann, daß er für sich den Nießbrauch bestellt, da niemand einen Vertrag mit sich selbst schließen und ein Recht für sich selbst an eigener Sache oder eigenem Recht begründen kann (s. § 873 A 7a); vielmehr ist dazu erforderlich, daß er sich mit dem neuen Hypothekengläubiger darüber einigt und die Eintragung des Nießbrauchs erfolgt (§§ 1069, 1154 Abs 3, 873), und sofern es sich um eine Briefhypothek handelt, daß er sich mit dem neuen Hypothekengläubiger einigt, dieser ihm wieder den Hypothekenbrief übergibt und eine schriftliche Bestellungserklärung, die aber durch die Eintragung des Nießbrauchs ersetzt werden kann, abgibt (§§ 1069, 1154 Abs 1, 2, 873; KGJ 51, 291). — In KGJ 42, 68 ist angenommen, daß, wenn eine Hypothek mit den Zinsen von einem bestimmten Zeitpunkt abgetreten ist, der neue Gläubiger ohne Zustimmung des bisherigen Gläubigers wegen der früheren Zinsforderung die Hypothek löschen lassen sowie mit dem Eigentümer gemäß § 1180 Abs 1 die Ersetzung der Forderung durch eine neue bewirken könne, weil auch die frühere Zinsforderung von der Hauptforderung abhängig sei und durch die Löschung

oder die Ersetzung der Hauptforderung diese, also auch die Zinsforderung ohne weiteres von der Verbindung mit dem Grundstück gelöst werde. Jedoch ist gerade aus letzterem Grunde die Zustimmung erforderlich, weil der neue Gläubiger über einen ihm nicht zustehenden Teil der aus Hauptforderung und Zinsen sich zusammensetzenden Hypothekenforderung durch jene Maßnahmen verfügt (vgl. § 1180 Abs 2); die Hypothek für die früheren Zinsen des alten Gläubigers besteht fort, bis sie nach § 1178 Abs 1, 2 erlischt. Es ist auch nicht etwa ohne weiteres anzunehmen, daß der alte Gläubiger auf die früheren Zinsen bei einer derartigen Abtretung verzichtet oder als verzichtend anzusehen ist; das BGB enthält keine Bestimmung, wonach das Recht auf solche früheren Zinsen (Zinsrückstände) bei der Abtretung nicht vom Hauptrecht getrennt, insbesondere nicht vom Abtretenden ausdrücklich oder stillschweigend für sich zurückbehalten werden könnte (**RG** Warn 1914 Nr 244). — Darüber, daß, wenn eine verzinsliche Hypothek auf die Ehefrau des Grundstückseigentümers übertragen wird, das Zinsrecht und die Zinsrechtshypothek für die Ehefrau bestehen bleiben, wiewohl dem Eigentümer als Ehemann zugleich das Nutznießungsrecht an der Hypothek zusteht, und daß daher die Hypothek mit den Zinsen auf die Ehefrau im Grundbuch umgeschrieben werden kann, vgl. § 889 A 1.

4. Die Vorschriften des § 1158 betreffen das **Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger** nur für den Fall der Übertragung noch nicht fälliger Zinsen usw., sei es, daß die Hauptforderung mit den Zinsen oder diese allein (s. A 3) übertragen worden sind. Für das Rechtsverhältnis im Falle der Übertragung rückständiger Zinsen usw. gilt § 1159. In ersterer Hinsicht gibt § 1158 Bestimmungen über Einreden, die vom Eigentümer gegenüber der die übertragenen Zinsen betreffenden dinglichen Klage des neuen Gläubigers (s. § 1156 A 2) erhoben werden können; gegenüber der Zinsenschuldklage gegen den persönlichen Schuldner sind die §§ 404—411 ausschließlich maßgebend (vgl. **RG** Warn 1914 Nr 245). Von entscheidender Bedeutung ist hierbei der Zeitpunkt, in dem **der Eigentümer von der Übertragung Kenntnis erlangt hat.** Werden von dem neuen Gläubiger Zinsen usw. verlangt, **die nicht später als in dem Kalendervierteljahr der Kenntniserlangung oder dem folgenden Vierteljahre,** also entweder schon vor der Kenntniserlangung oder doch in diesem Halbjahr **fällig** geworden (gleichgültig, ob sie im voraus oder nachträglich und für welchen Zeitraum sie zu entrichten sind; a. M. OLG 4, 73), so kann ihm der Eigentümer bezüglich dieser Zinsen zunächst alle bereits zur Zeit der Übertragung gegen den bisherigen Gläubiger begründeten **Einwendungen nach den §§ 404, 1157** entgegensetzen (z. B. Vorauszahlungen an den bisherigen Gläubiger auf die Zinsen des Halbjahrs), **ohne daß sich der neue Gläubiger auf die Vorschriften des § 892,** also auf seinen guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs, **berufen kann.** Ferner aber kann der Eigentümer bezüglich dieser Zinsen, anders als nach § 1156 (s. dort A 3) bezüglich der übertragenen Hauptforderung, auch Einwendungen erheben nach Maßgabe der **Vorschriften der §§ 406 bis 408,** also auf Grund der dort bezeichneten Ereignisse, die nach der Übertragung eingetreten sind, ohne daß auch hier dem neuen Gläubiger der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zur Seite steht. Der Eigentümer ist also namentlich befugt, mit einer ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderung aufzurechnen (§ 406) sowie eine Leistung, die er an den bisherigen Gläubiger bewirkt hat, oder ein Rechtsgeschäft, das zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger vorgenommen worden ist, dem Klaganspruch entgegenzusetzen (§ 407 Abs 1; vgl. **RG** Warn 1914 Nr 245). Jedoch ist dabei zu beachten, daß die genannten Vorschriften die Zulässigkeit der Einwendungen nach gewissen Richtungen davon abhängig machen, daß der Einwendende (dort der Schuldner) von der Übertragung keine Kenntnis hatte. Soweit diese Voraussetzung nicht zutrifft (z. B. wenn der Eigentümer, als er eine Zahlung auf die fraglichen Zinsen an den bisherigen Gläubiger leistete, bereits Kenntnis von der Übertragung hatte), kann der Eigentümer die Einwendungen aus §§ 406—408 dem neuen Gläubiger bezüglich der vorgenannten Zinsen nicht entgegensetzen (vgl. **RG** Warn 1914 Nr 245). § 405 (Ausschluß des Einwandes des Scheines im Falle der Abtretung unter Vorlegung der Schuldurkunde) ist im § 1158 nicht erwähnt; er findet aber trotzdem Anwendung, da er nur eine Einschränkung der im § 404 zugelassenen Einwendungen enthält (vgl. OLG 29, 384). — Klagt dagegen der neue Gläubiger Zinsen ein, die nach dem vorbezeichneten Halbjahr fällig geworden sind, so kann ihm der Eigentümer bezüglich dieser Zinsen Einwendungen aus Rechtshandlungen mit dem bisherigen Gläubiger weder gemäß §§ 404, 1157 noch gemäß §§ 406—408 entgegensetzen, es sei denn, daß die betreffenden Tatsachen zur Zeit des Erwerbs der Zinsforderung ihm bekannt waren oder aus dem Grundbuch oder bei der Briefhypothek aus dem Briefe sich ergaben. Dies folgt nicht aus § 1158, wohl aber aus den §§ 892, 1138, 1140, 1156, 1157. Bezüglich dieser Zinsen gilt also das gleiche wie für den Fall der Übertragung der Hauptforderung.

§ 1159

Soweit die Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen[1]) gerichtet ist, bestimmt sich die Übertragung[2]) sowie das Rechts-

verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger[3]) nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften[2]). Das gleiche gilt für den Anspruch auf Erstattung von Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 haftet[4]).

Die Vorschriften des § 892 finden auf die im Abs 1 bezeichneten Ansprüche keine Anwendung[3]).

E I 1090, 1112, 1121 II 1069; M 3 713, 750, 760; P 3 591, 653; 4 604.

1. Die Hypothek für die Zinsen oder andere Nebenleistungen folgt den gleichen Regeln wie die Hypothek für die Kapitalforderung, soweit nicht durch besondere Vorschriften (vgl. §§ 1158, 1178) etwas anderes bestimmt ist (**RG** 72, 364; Warn 1915 Nr 85; JW 1916, 485[5]). Zu den besonderen Vorschriften gehört die des § 1159. — **Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen** (s. § 1115 A 6) sind solche Zinsen usw., die zur Zeit der Übertragung bereits fällig sind, in dem Sinne, daß der Termin für ihre Fälligkeit vorübergegangen ist, ohne daß der Anspruch auf sie getilgt wurde oder sonst erlosch (**RG** 91, 301; JW 1911, 953[3]; RJA 12, 145). Bezüglich der Form und der Wirkungen der Übertragung noch nicht fälliger Zinsen usw. vgl. § 1158 A 3, 4. — Über sonstige Sondervorschriften bezüglich dieser Forderungen vgl. § 1160 Abs 3 (Urkundenvorlegung), § 1178 (Eigentümerhypothek).

2. Während das hypothekarisch gesicherte Zinsrecht (die künftig fällig werdenden Zinsen) nur unter den nämlichen Erfordernissen wie die Hypothekenhauptforderung (§ 1154) übertragen werden kann (**RG** JW 1916, 485[5], s. § 1158 A 3), erfolgt die **Übertragung** der Zinsrückstände usw. **nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden Vorschriften** der §§ 398ff., also durch formlosen Vertrag, gleichviel, ob es sich um eine Buch- oder eine Briefhypothek handelt; § 1154 findet keine Anwendung (**RG** 88, 163). Eintragung der Übertragung ist unzulässig, da zwar auch für Zinsrückstände das dingliche Hypothekenrecht besteht, aber, wie aus den §§ 1145 Abs 2, 1159, 1160 Abs 3, 1178 zu entnehmen ist, die Verfügung über sie (z. B. auch ein Rangrücktritt, s. RJA 12, 150) nicht nach sachenrechtlichen, sondern nach schuldrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen hat (vgl. OLG 15, 338; RJA 12, 146). In **RG** 88, 160 ist jedoch angenommen, daß der Gläubiger einer Hypothek für Zinsrückstände einer anderen Hypothek den Vorrang vor jener mit dinglicher Wirkung einräumen könne, ohne daß es dazu der Eintragung der Rangänderung (§ 880 Abs 2 Satz 1) und der Zustimmung des Eigentümers (§ 880 Abs 2 Satz 2) bedürfe. Es wird abgelehnt, aus der Unmöglichkeit der Eintragung einer Rangänderung der Hypothek für Zinsrückstände die Folgerung der Unmöglichkeit einer solchen Rangänderung zu ziehen, vielmehr wegen jener Unmöglichkeit der Wegfall des Eintragungsgrundsatzes für diesen Fall angenommen, und die Zustimmung des Eigentümers wird nicht für erforderlich erachtet, weil der Grund für dieses Erfordernis, nämlich die Rücksichtnahme auf die mögliche Schädigung, die sich für den Eigentümer aus einem Rangrücktritt bei einer Hypothek in den Fällen ergebe, in denen er die Rechte auf Grund der §§ 1143, 1164, 1168, 1170ff. erwerbe, nach § 1178 bei der Hypothek für Zinsrückstände nicht zutreffe. Da aber die durch Hypothek gesicherte Forderung an Zinsrückständen, auch soweit die Hypotheksicherung in Betracht kommt, nach dem BGB, insbesondere hinsichtlich der Übertragung und Belastung, schuldrechtlichen Grundsätzen, nicht sachenrechtlichen, unterliegt, ist bei einer solchen Hypothek eine Rangänderung mit dinglicher Wirkung nach § 880 nicht möglich. Es kann der Rang nur durch schuldrechtliches Rangänderungsabkommen mit lediglich schuldrechtlicher Wirkung zwischen den an dem Abkommen Beteiligten geändert werden. Wenn daher z. B. der Gläubiger einer Hypothek für Zinsrückstände einer nachstehenden Hypothek den Vorrang einräumt und dann seine Hypothek an einen Dritten abtritt, so hat die Vorrangseinräumung gegenüber dem dritten Erwerber keine Wirkung, dieser behält vielmehr den Rang, der sich aus der eingetragenen, die Zinsrückstände mitumfassenden Hypothek für die Hauptforderung ergibt, es sei denn, daß er in die Verpflichtung des Zedenten über Einhaltung der Rangänderung eingetreten ist (str.; a. M. **RG** 88, 160). — Unzulässig ist auch Herstellung eines Teilhypothekenbriefs. Wegen der öffentlichen Beglaubigung der Übertragung vgl. § 403. Die Mitübertragung der Hypothek für die Forderung ist nicht gemäß § 1153 Abs 2 notwendig. Ob sie als mitübertragen zu gelten hat, bestimmt sich nach § 401 (OLG 15, 338). — Die Pfändung und Überweisung regeln §§ 830 Abs 3, 837 Abs 2 ZPO entsprechend (vgl. **RG** 74, 83; RJA 12, 149). Die Verpfändung erfolgt nach § 1274 Abs 1 BGB, ebenso wie die Übertragung, durch formlosen Verpfändungsvertrag, jedoch ist nach §§ 1279, 1280 weiter Anzeige des Gläubigers an den Schuldner von der Verpfändung erforderlich.

3. Auf das **Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger**, also bezüglich der Einwendungen, die dem Eigentümer gegenüber der die abgetretenen Zinsrückstände usw. betreffenden Klage des neuen Gläubigers (s. § 1158 A 4) zustehen, kommen nicht die §§ 1156, 1157, sondern, wie bei der Schuldklage gegen den persönlichen Schuldner, die §§ 404—411 zur Anwendung (OLG 15, 337; RJA 12, 148). **Auf den öffentlichen Glauben**

des Grundbuchs (§ 892) kann sich der Gläubiger gegenüber diesen Einwendungen gemäß Abs 2 **nicht berufen** (**RG** 88, 162). Daher kann z. B. im Falle der Abtretung einer Hypothek mit Zinsen der Erwerber sich für den Erwerb der Hypothek für Zinsrückstände, wenn diese gemäß § 1178 Abs 1 Satz 1 zufolge Erloschenseins der fällig gewesenen Zinsforderung durch Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person erloschen ist, nicht auf seinen guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs berufen (OLG 34, 216). — Die Forderung bleibt auch in der Hand des neuen Gläubigers eine Forderung auf rückständige Zinsen (neben dem Kapital zu entrichtende Leistungen), was besonders hinsichtlich ihrer Befriedigung aus dem Grundstück bei dessen Zwangsversteigerung nach § 10 Nr 4 ZVG von Bedeutung ist (**RG** 91, 301).

4. Wegen der hier mit den Zinsrückständen gleichgestellten **Kosten** der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung (§ 1118) vgl. § 1118 A 3, 4, 5.

§ 1160

Der Geltendmachung der Hypothek kann, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist[1]), widersprochen werden[2]), wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt[3]); ist der Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen, so sind auch die im § 1155 bezeichneten Urkunden vorzulegen[4]).

Eine dem Eigentümer gegenüber erfolgte Kündigung oder Mahnung ist unwirksam, wenn der Gläubiger die nach Abs 1 erforderlichen Urkunden nicht vorlegt und der Eigentümer die Kündigung oder die Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist[5]).

Diese Vorschriften gelten nicht für die im § 1159 bezeichneten Ansprüche[6]).

E I 1117, 1118, 1121, 1123 II 1065; M 3 757, 758, 762; P 3 663.

1. **Geltendmachung der Briefhypothek** (auf die Buchhypothek bezieht sich § 1160 nicht), also Verfolgung des dinglichen Anspruchs aus der Hypothek (wegen der persönlichen Forderung s. § 1161), findet im Sinne des § 1160 nicht nur dann statt, wenn der Gläubiger die dingliche Klage (s. § 1147 A 4) erhebt, sondern auch, wenn er außergerichtlich Befriedigung betreibt (s. § 1150 A 1, er z. B. aufrechnen will, OLG 12, 305) oder z. B. wegen Gefährdung der Sicherheit Maßregeln nach §§ 1133—1135 ergreift (s. auch A 2). — Bezüglich der Kündigung und der Mahnung gibt Abs 2 besondere Bestimmungeen. — Nicht anwendbar ist § 1160, wenn der Hypothekengläubiger gegen den Besitzer des Hypothekenbriefs den Anspruch auf Herausgabe geltend macht; er braucht nur sein Gläubigerrecht darzutun, da sich dann sein Eigentum an dem Hypothekenbrief aus § 952 ergibt und sich sein Anspruch als ein solcher des Eigentümers nach § 985 darstellt (vgl. **RG** Warn 1917 Nr 56).

2. Von einem jeden **kann widersprochen werden,** gegen den sich die Geltendmachung richtet, also nicht nur von dem Eigentümer, wenn er auf Befriedigung belangt wird, sondern z. B. auch von demjenigen, den der Gläubiger gemäß § 894 auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs in Anspruch nimmt oder gegen den der Gläubiger wegen Beeinträchtigung seines Hypothekenrechts klagt. — Soweit der Widerspruchsberechtigte ein Recht auf Aushändigung des Briefes hat, wie z. B. im Falle des § 1144 (Befriedigung Zug um Zug gegen Aushändigung, § 1144 A 2), bleibt dieses Recht neben dem Widerspruchsrecht bestehen.

3. Da der Geltendmachung widersprochen werden kann, **wenn der Gläubiger nicht den Brief vorlegt,** so ist Voraussetzung für die Wirksamkeit der Widerspruchserhebung, daß der zum Widerspruche Berechtigte die Vorlegung verlangt und der Gläubiger darauf die Vorlegung unterlassen hat (**RG** 55, 226; 57, 348; JW 1911, 327[22]). Daraus folgt, daß die Rechtshandlung, wodurch die Hypothek geltend gemacht wird, nicht von vornherein unwirksam ist, wenn bei ihrer Vornahme nicht sogleich der Brief vorgelegt wird, und daß insbesondere, soweit es sich um gerichtliche Geltendmachung handelt, die Vorlegung (abgesehen vom Urkundenprozeß, §§ 592, 593 Abs 2 ZPO) nicht zur Begründung der Klage, der Klageberechtigung, gehört (**RG** 55, 226, auch 56, 416; 57, 348). Daher kann z. B. ein Versäumnisurteil erlassen werden, auch wenn der Brief nicht vorgelegt wird. Weiter folgt daraus, daß dem Gläubiger, nachdem die Vorlegung verlangt worden, eine angemessene Frist zur Vorlegung zu gewähren, namentlich im Rechtsstreite sein Antrag auf Anberaumung eines neuen Termins zum Zwecke der Vorlegung gerechtfertigt ist, da er den Brief nicht immer bei sich zu tragen braucht und er das Verlangen auf Vorlegung abzuwarten berechtigt ist (**RG** 55, 228); es sei denn, daß bereits feststeht, daß der Gläubiger den Brief nicht vorlegen kann oder nicht vorlegen will (**RG** 55, 228; 68, 389). — Kommt der Gläubiger dem Verlangen auf Vorlegung nicht rechtzeitig nach, so hat die Erhebung des Widerspruchs die Wirkung, daß die Geltendmachung der Hypothek unzulässig und somit die betreffende Rechtshandlung unwirksam wird. Deshalb ist insbesondere

im Falle gerichtlicher Geltendmachung die Klage abzuweisen, nicht etwa der Gegner Zug um Zug gegen Vorlegung des Briefes zu verurteilen (RG 55, 224). — Die Vorlegung hat nach dem Wortlaute des § 1160 an dem Orte zu erfolgen, an dem die Hypothek geltend gemacht wird. Die nur auf die Fälle der §§ 809, 810 sich beziehende Vorschrift des § 811 (Vorlegung an dem Orte, an welchem sich die vorzulegende Sache befindet) ist nicht, wie gemeint wird, anwendbar. — Das Recht zum Widerspruche ist ein selbständiges Recht, das seine Grundlage lediglich darin findet, daß der Brief nicht vorgelegt wird. Daher geht der Widersprechende durch Erhebung des Widerspruchs seiner ihm nach den materiellen Rechtsverhältnissen der Hypothek zustehenden Einwendungen gegen die Geltendmachung der Hypothek, insbesondere hinsichtlich des Gläubigerrechts des das hypothekarische Recht Verfolgenden, in keiner Weise verlustig. Auch wenn z. B. im Falle gerichtlicher Geltendmachung der Kläger dem Verlangen der Briefvorlegung nachgekommen ist, kann der Beklagte noch einwenden, daß der Kläger trotz Besitzes des Briefes nicht wahrer Gläubiger sei, weil er den Brief nicht von dem früheren Gläubiger übergeben erhalten, sondern sich widerrechtlich angeeignet habe (vgl. RG 56, 414). — Hinsichtlich der Kosten des Rechtsstreits im Falle nachträglicher Briefvorlegung vgl. § 94 ZPO.

4. Die **im § 1155 bezeichneten Urkunden,** die außer dem Hypothekenbrief (s. A 3) vorzulegen sind, wenn der Gläubiger zur Zeit der Geltendmachung der Hypothek im Grundbuche nicht eingetragen ist, sind die in einer zusammenhängenden Reihe auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen usw. (s. hierüber § 1155 A 2, 4, 5), aus denen sich das Gläubigerrecht des Briefbesitzers ergibt. Daß z. B. die Vorlegung von privatschriftlichen Abtretungserklärungen nicht, wie gemeint wird, genügt, folgt aus dem Wortlaute des § 1160 sowie daraus, daß nur im Falle des Vorliegens der fraglichen Urkunden in öffentlich beglaubigter Form der Briefbesitzer gemäß § 1155 in Ansehung der Vorschriften der §§ 891—899 einem im Grundbuche eingetragenen Gläubiger gleichgestellt ist (s. § 1155 A 2).

5. Für den Fall der Geltendmachung der Briefhypothek **gegenüber dem Eigentümer** durch **Kündigung** (Wesen und Voraussetzungen: § 1141 A 1) **oder Mahnung** schränkt Abs 2 das Widerspruchsrecht des Eigentümers dahin ein, daß dieser, wenn er die Vorlegung des Briefes und, falls der Gläubiger nicht eingetragen ist, auch die der im § 1155 bezeichneten Urkunden verlangt und der Gläubiger diesem Verlangen nicht nachkommt, die Kündigung oder die Mahnung **aus diesem Grunde unverzüglich,** also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121), **zurückweisen** muß. Nur unter diesen Voraussetzungen wird zufolge des Widerspruchs die Kündigung oder die Mahnung unwirksam (RG 57, 348). Die unverzügliche Zurückweisung muß im Rechtsstreite, wie aus dem Worte „wenn" sich ergibt, der Eigentümer beweisen. Vgl. die ähnlichen Vorschriften in §§ 111 Satz 2; 174 Satz 1, 182 Abs 3, 410 Satz 2, 1831 Satz 2, die ebenso wie § 1160 dem Schutze der Beteiligten dienen sollen (RG 74, 268). Aber auch wenn jene Voraussetzungen nicht vorliegen oder der Eigentümer die Vorlegung des Briefes usw. überhaupt nicht verlangt hat, kann er doch, falls demnächst die Hypothek ohne Vorlegung des Briefes gerichtlich geltend gemacht wird, noch das Widerspruchsrecht gemäß Abs 1 ausüben (RG 57, 349). Zu bemerken ist auch, daß eine Kündigung oder Mahnung überhaupt nur dann wirksam ist, wenn der Eigentümer erkennen kann, daß sie vom Gläubiger ausgeht. Daher erfordert z. B. die Kündigung seitens eines Zessionars zu ihrer Wirksamkeit mindestens die Anzeige, daß die Hypothek an den Kündigenden übertragen sei (RG Warn 08 Nr 32). — Da das Gesetz dem Eigentümer sowie in den Fällen des Abs 1 auch dem sonstigen Widerspruchsberechtigten (s. A 2) es überläßt, ob er das Widerspruchsrecht ausüben will oder nicht, so kann er für seine Person, wie auf sonstige Befugnisse, auch auf das Widerspruchsrecht im voraus wirksam verzichten. Streitig ist, ob der Eigentümer auch mit Wirksamkeit für seine Rechtsnachfolger darauf verzichten kann und ob dieser Verzicht eintragungsfähig ist. Dies ist zu bejahen, und zwar nicht nur für den Fall des Abs 2 (RG 57, 342; RJA 1, 34), sondern auch für den Fall des Abs 1 (a. M. RJA 1, 36); ein Unterschied zwischen beiden Fällen ist nicht zu finden (vgl. RG 57, 345). Die Bejahung rechtfertigt sich daraus, daß in beiden Fällen das Gesetz die Geltendmachung der Hypothek ohne Vorlegung des Briefes usw. an sich zuläßt und die Ausübung des Widerspruchsrechts in das Belieben des Widerspruchsberechtigten stellt. Danach ist, wenn auch sonst im Sachenrechte keine Vertragsfreiheit besteht, doch die Vorschrift des § 1160 nicht als eine zwingende, zum Wesen der Hypothek gehörende, sondern als eine mehr äußerliche, der Parteivereinbarung unterliegende Einschränkung der Geltendmachung des Hypothekenrechts zu erachten und ist die Beseitigung dieser Einschränkung durch Parteivereinbarung als eine Abänderung der nach dem Gesetze nur mangels anderer Abrede geltenden Befriedigungsbedingungen aufzufassen, deren Eintragung (vgl. RG 57, 349; RJA 1, 166) zulässig ist (vgl. auch RJA 12, 149; 12, 151). Verzichtet freilich der Eigentümer nur für seine Person auf das Widerspruchsrecht, so ist ein solcher Verzicht, da es sich nur um Aufgeben eines persönlichen Rechtes handelt, nicht eintragungsfähig (OLG 10, 420).

6. Der Geltendmachung der Hypothek kann gemäß Abs 3 weder nach Abs 1 noch nach Abs 2 widersprochen werden, wenn die Geltendmachung lediglich Forderungen auf **rück-**

ständige Zinsen oder andere Nebenleistungen oder auf **Kosten** (**§ 1159**) zum Gegenstande hat. Vgl. aber für den Fall, daß der Gläubiger nicht eingetragen ist, § 410 in Verbindung mit § 1159 Abs 1 Satz 1.

§ 1161

Ist der Eigentümer der persönliche Schuldner, so finden die Vorschriften des § 1160 auch auf die Geltendmachung der Forderung Anwendung.[1])

E I 1120 II 1066; M 3 760; P 3 665.

1. Nur wenn der **Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist** (d. i. gegenwärtig ist, wenn auch nicht ursprünglich), kann er nach § 1160 Abs 1 der Geltendmachung der durch Briefhypothek gesicherten persönlichen Forderung, insbesondere der gerichtlichen Geltendmachung durch Schuldklage, widersprechen, und steht ihm in Falle der Kündigung oder der Mahnung ein Widerspruchsrecht gemäß § 1160 Abs 2 zu, wenn der Brief und, falls der Gläubiger nicht eingetragen ist, auch die im § 1155 bezeichneten Urkunden nicht vorgelegt werden, es sei denn, daß die Geltendmachung auf Rückstände an Zinsen usw. oder auf Kosten (§ 1159) sich beschränkt (§ 1160 Abs 3). Dem persönlichen Schuldner, der nicht Eigentümer ist, stehen hinsichtlich der in Betracht kommenden Urkunden nur die schuldrechtlichen Befugnisse aus §§ 371 (Quittung, Rückgabe der Schuldurkunde), 410 (Aushändigung der Abtretungsurkunde), 810 (Einsichtnahme) zu. — Auf Briefgrundschulden findet § 1161 mangels einer Forderung (§ 1192) keine Anwendung.

§ 1162

Ist der Hypothekenbrief abhanden gekommen oder vernichtet, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden[1]).

E I 1123 II 1067; M 3 762; P 3 666.

1. Die im § 1162 (vgl. auch § 136 ZVG) für zulässig erklärte **Kraftloserklärung des abhandengekommenen oder vernichteten Hypothekenbriefs** (oder Grundschuld- sowie Rentenschuldbriefs, §§ 1192, 1199) **im Wege des Aufgebotsverfahrens** erfolgt gemäß ZPO §§ 946—959, 1003—1018 und den auf Grund des Vorbehalts im § 1024 ZPO erlassenen landesgesetzlichen Vorschriften über die Veröffentlichung und die Aufgebotsfrist. Mit der Erlassung des (nach § 957 ZPO nur durch Anfechtungsklage anfechtbaren) Ausschlußurteils verliert der Brief für und gegen alle derart seine Kraft, daß, wenn er etwa wieder zum Vorschein kommt, auf Grund seiner Besitzerlangung auch Gutgläubige keine Rechte an der Hypothek erwerben können (M 3, 763; KGJ 45, 298). Das Urteil für sich allein ersetzt gemäß § 1018 Abs 1 ZPO den Brief, soweit (z. B. in den Fällen der §§ 1160, 1161) dessen Vorlegung zur Geltendmachung des Hypothekenrechts oder der persönlichen Forderung gegen den Eigentümer bzw. den persönlichen Schuldner erforderlich ist (Prot 3, 666), vorausgesetzt, daß derjenige, der das Ausschlußurteil erwirkt hat (vgl. § 1004 Abs 2 ZPO), eingetragener Gläubiger ist oder sein Gläubigerrecht nachweist (RJA 8, 158). Desgleichen genügt zur Löschung der Hypothek Vorlegung des Urteils (§ 42 Abs 2 Satz 2 GBO; M 3, 763; KGJ 45, 296). Soll dagegen die Hypothek übertragen oder belastet werden, so muß ein neuer Brief hergestellt werden, da zum Erwerbe der Hypothek bzw. des Rechtes daran die Briefübergabe erforderlich ist; Übergabe des Ausschlußurteils ist nicht genügend (KGJ 45, 296; OLG 38, 11; vgl. auch bezüglich der Eintragung § 42 Abs 2 Satz 1 GBO). Über die Erfordernisse des Ersatzes der Übergabe in diesem Falle durch eine Vereinbarung gemäß § 1117 Abs 2 (Berechtigung des Erwerbers, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen) vgl. § 1154 A 3. In den Fällen der Befriedigung des Gläubigers nach Maßgabe der §§ 1144, 1145, 1167 kann der Befriedigende Aushändigung bzw. Vorlegung des neuen Briefes verlangen. Die Herstellung des neuen Briefes erfolgt gemäß §§ 67, 68 GBO. Dabei ist es nach dem vorbezeichneten Wesen der Kraftloserklärung von keinem Belang, ob das Urteil von dem Vorlegenden und die Brieferneuerung Beantragenden selbst oder von einem Dritten erwirkt war, und es ist auch nicht erforderlich, daß, wenn das Urteil auf Antrag eines Dritten ergangen ist, dieser seine Rechte aus dem Urteil dem Vorlegenden abtritt (KGJ 45, 298). Wird von demjenigen, der die Pfändung einer Hypothek, die der Pfändungsschuldner von dem eingetragenen Gläubiger durch Abtretung erworben haben soll, nach Erlaß des Ausschlußurteils erwirkt hat, beim Grundbuchamt die Aushändigung des neu zu erteilenden Hypothekenbriefs beantragt, so muß er, auch wenn er das Ausschlußurteil vorlegt, dem Grundbuchamt nachweisen, daß die Hypothek gemäß § 1154 Abs 1 von dem Pfändungsschuldner erworben, insbesondere ihm der Hypothekenbrief übergeben worden ist; die Vorschrift des § 1117 Abs 3, wonach, wenn der Gläubiger im Besitze des Briefes ist, vermutet wird, daß die Übergabe erfolgt sei, findet auf den Besitz des Ausschlußurteils nicht nach der Richtung Anwendung, daß zu vermuten wäre, der Pfändungsschuldner habe den Hypo-

thekenbrief von dem eingetragenen Gläubiger übergeben erhalten (RJA 15, 319). — Auch ein zerstörter Brief, der zur Zeit der Zerstörung sich beim Grundbuchamt befunden hat, ist ein vernichteter Brief im Sinne des § 1162, der für kraftlos erklärt werden kann, da § 1162 nicht unterscheidet, unter welchen Umständen und von wem die Vernichtung erfolgt ist (str.). Dagegen ist ein Brief nicht als vernichtet anzusehen, wenn er vom Grundbuchamt gemäß § 69 GBO unbrauchbar gemacht worden ist, mag auch die Unbrauchbarmachung versehentlich (z. B. wenn die Löschung einer Gesamthypothek auf einem Grundstück übersehen ist, daß noch ein anderes Grundstück für die Hypothek haftet) erfolgt sein; denn bei der Unbrauchbarmachung wird der Brief nicht gänzlich zerstört (vgl. KGJ 48, 228). — Wird nach §§ 1170, 1171 der unbekannte Gläubiger der Hypothek ausgeschlossen, so wird auch der Brief hierdurch kraftlos (§ 1170 Abs 2 Satz 2, 1171 Abs 2 Satz 2).

§ 1163

Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist[1]), nicht zur Entstehung gelangt[2]), so steht die Hypothek[3]) dem Eigentümer zu[4]). Erlischt die Forderung[5]), so erwirbt der Eigentümer[6]) die Hypothek[3]).

Eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, steht bis zur Übergabe des Briefes[3]) an den Gläubiger dem Eigentümer zu[7]).

E I 1092, 1094, 1097 II 1070; M 3 720, 729, 733; P 3 591, 604.

1. Erste Voraussetzung für die Anwendung der Vorschriften des § 1163 ist, daß eine **Hypothek bestellt ist.** Nach §§ 873, 1113 muß also nicht nur eine Hypothek als solche im Grundbuch eingetragen sein, sondern dieser Eintragung muß auch eine rechtsgültige Einigung zwischen dem bestellenden Eigentümer und dem Gläubiger über die Sicherung einer Forderung durch Hypothek zugrunde liegen. Ist dies nicht der Fall, so ist die Eintragung nichtig und besteht ein dingliches Recht überhaupt nicht. Auch dann nicht, wenn die einseitige Eintragungsbewilligung des Eigentümers, auf Grund deren (vgl. § 19 GBO) die Hypothek eingetragen worden, an sich rechtswirksam ist, sowie, wenn zwar eine Einigung stattgefunden hat und auch die Einigungserklärung des Eigentümers rechtsgültig, aber die Einigungserklärung des Gläubigers (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit) nichtig oder (z. B. wegen Irrtums oder Betrugs) anfechtbar und angefochten ist (**RG** 68, 101; 70, 356; JW 03 Beil 50[113], RJA 4, 118; OLG 11, 114; 15, 339). Vgl. hierüber § 1177 A 1. Da in solchen Fällen die Hypothekeintragung nichtig ist, kann der Eigentümer ebensowenig wie sonst jemand durch Übertragung kraft Gesetzes (anders verhält es sich beim gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerb gemäß §§ 892, 1138) ein hypothekarisches Recht daraus nach Maßgabe des § 1163 erlangen, mögen auch die weiteren Voraussetzungen des § 1163 hierfür gegeben sein. — Die Vorschriften des Abs 1 gelten auch für Sicherungshypotheken (§§ 1184, 1185), einschließlich Höchstbetragshypotheken (§ 1190), namentlich im Falle der Nichtentstehung (Abs 1 Satz 1) der gesicherten Forderungen (**RG** 62, 168; JW 1911, 277[4]). Vgl. jedoch über die Eigentümergrundschuld wegen Nichtentstehens der Forderung bei der Höchstbetragshypothek § 1190 A 1. Die Anwendung des Abs 2 auf diese Hypotheken kommt nicht in Frage, weil Sicherungshypotheken nur Buchhypotheken sein können (§ 1185 Abs 1). Bei Zwangs- und Arrest-Sicherungshypotheken (§§ 867, 932 ZPO) gilt daneben noch die Sonderbestimmung des § 868 ZPO (Erwerb durch den Eigentümer, wenn die zu vollstreckende Entscheidung aufgehoben, die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird usw.). Vgl. hierüber A 6. — Für die Gesamthypothek geben die §§ 1172—1175 besondere Bestimmungen. — Auf die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, finden die Vorschriften des § 1163, wie überhaupt die Vorschriften über den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer (als Eigentümergrundschuld oder Eigentümerhypothek, § 1177), keine Anwendung, da nach § 1178 Abs 1 eine solche Hypothek im Falle ihrer Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person erlischt. — Über die Unanwendbarkeit des § 1163 auf Hypothekvormerkungen vgl. § 883 A 8. — Für die in jährlichen Teilbeträgen zu tilgenden Hypotheken (Amortisationshypotheken) der landschaftlichen und ritterschaftlichen Kreditanstalten sind auf Grund des Vorbehalts im Art 167 EG nach Maßgabe der Satzungen häufig Ausnahmebestimmungen in Geltung, namentlich nach der Richtung, daß der Eigentümer erst nach völliger Tilgung des Kapitals oder doch nur auf Grund einer in gewissen Zeiträumen statthaften Aufrechnung eine Eigentümerhypothek erlangt (vgl. **RG** 74, 405; KGJ 20 A 206, 319; 23 A 146; OLG 8, 6; 14, 116; auch **RG** 64, 211). Wenn dagegen derartige Hypotheken anderen Gläubigern zustehen, gelten auch für sie die Vorschriften über die Eigentümerhypothek, insbesondere auch § 1163 Abs 1 Satz 2 hinsichtlich der entrichteten Tilgungs-

beiträge, die nicht Nebenleistungen, sondern Teilzahlungen auf das Kapital sind (vgl. § 1115 A 6, RG 54, 90; 89, 131; 91, 299; KGJ 24 A 246; 46, 238; 46, 266; OLG 6, 148, auch § 21 Abs 2 HypBankG v. 13. 7. 99). — Hinsichtlich der Hypotheken des früheren Rechtes vgl. Artt 192, 194 EG und RG 48, 48; 51, 398; 54, 83; 60, 359; Gruch 47, 114; JW 01, 239; KGJ 46, 265 (Preußen); OLG 26, 154 (Bayern), insbesondere hinsichtlich der Kautionshypotheken RG 52, 62; 52, 113; 52, 415; JW 02 Beil 272[11]. — Auf Grundschulden, auch wenn sie zur Sicherung von Forderungen bestellt sind, findet Abs 1 keine Anwendung. Vgl. hierüber § 1191 A 1, § 1192 A 1 Abs 3.

2. Die Forderung ist nicht zur Entstehung gelangt, wenn z. B. das durch die Hypothek zu sichernde Darlehn nicht ausgezahlt ist (§ 607). Auch wenn bei aufschiebend bedingter Forderung die Bedingung ausgefallen ist (§ 158). Über die Verschiedenheit dieses Falles von der Bestellung einer bedingten Hypothek vgl. § 1113 A 2, 7. Ferner, wenn das Rechtsgeschäft, aus dem die Forderung entspringen sollte, nichtig ist (z. B. bei der sog. Bordellhypothek der Kaufvertrag, auf Grund dessen die Hypothek für die Kaufgeldrestforderung bestellt wurde, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, RG 68, 101; 71, 435; JW 09, 683[2]; 1912, 632[1]; 1912, 853[4], abw. von RG 63, 189; oder wegen Nichterteilung der zur Gültigkeit erforderlichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, RG JW 1911, 653[26]) oder wenn das Rechtsgeschäft (z. B. wegen Irrtums, Betrugs) anfechtbar und rechtzeitig angefochten worden ist (§§ 121, 124, 142). Bei den letzteren Fällen ist jedoch zu beachten, daß die Nichtigkeit (Anfechtbarkeit) nicht zugleich auch die Hypothekbestellung selbst ergreifen darf (s. A 1, RG 68, 101). Wenn der Hypothekbestellung ein wucherisches Grundrechtsgeschäft zugrunde liegt, ist nicht nur die gesicherte Forderung, sondern auch die Hypothek nichtig, da durch § 138 Abs 2 auch die „Gewährung" wucherischer Vermögensvorteile für nichtig erklärt ist (RG 57, 97; JW 06, 736[3]; 1913, 540[3]). Ist schenkungsweise die Zahlung einer Geldsumme versprochen und zugleich für die Forderung aus diesem Versprechen die Bestellung einer Hypothek, wobei nicht die im § 518 Abs 1 für Schenkungsversprechen vorgeschriebene Form beobachtet worden ist, so ist, wenn demnächst auf Bewilligung des Versprechenden (des Grundstückseigentümers) dann die Hypothek eingetragen (und im Falle einer Briefhypothek der Hypothekenbrief dem Beschenkten übergeben) wird, das Schenkungsversprechen zwar hinsichtlich der Hypothekbestellung im Sinne des § 518 Abs 2 vollzogen, so daß diese an sich rechtsgültig ist, zumal die dingliche Einigung über die Hypothekbestellung überhaupt keiner Form bedarf (RG 88, 370; Warn 1913 Nr 249), nicht ist dagegen Vollziehung hinsichtlich des Zahlungsversprechens erfolgt, da in letzterer Beziehung nur die Zahlung sich als die Bewirkung der versprochenen Leistung, durch die nach § 518 Abs 2 der Mangel der Form geheilt wäre, darstellen würde, nicht aber die Eintragung der Hypothek, die nur zur Sicherheit der Forderung aus dem Leistungsversprechen dienen soll; daraus ergibt sich, daß die Forderung, für welche die Hypothek eingetragen worden ist, nach §§ 125, 518 Abs 1 nichtig ist und daß die Hypothek daher dem bestellenden Eigentümer (Schenkgeber) zusteht (RG 88, 369). — Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nichtig, so tritt nicht etwa ein Bereicherungsanspruch, der sich aus der Nichtigkeit ergibt, an die Stelle jener Forderung in die Hypotheksicherheit ein (RG JW 1911, 653[26]). — Im Zweifelsfalle ist hinsichtlich der Frage, ob gerade die Forderung, für welche die Hypothek bestellt worden, zur Entstehung gelangt ist oder nicht, die Bezeichnung der Forderung im Grundbuche nicht unbedingt ausschlaggebend. Vielmehr kommt es darauf an, welche Forderung nach dem Inhalte der Einigung Gegenstand der Sicherung gewesen ist. Eine unrichtige Bezeichnung im Grundbuche wirkt weder zugunsten des Gläubigers noch zugunsten des Eigentümers (s. § 1115 A 8). Vgl. im übrigen wegen der Beweislast hinsichtlich der Nichtentstehung der Forderung § 1138 A 3a. — Ist die Hypothek für eine Forderung bestellt, die noch nicht besteht, aber demnächst entstehen (valutiert, durch Zahlung an den Hypothekbesteller zur Entstehung gebracht werden) soll (wie z. B. bei Baugeldhypotheken häufig) und gelangt dann die Forderung nachträglich zur Entstehung, so geht die bisher als Grundschuld des Eigentümers (s. § 1113 A 7) bestehende Hypothek nunmehr auf den als Gläubiger Eingetragenen als wirkliche Hypothek über (RG 51, 43; 60, 21; 61, 37; JW 1911, 277[4]; 1912, 402[24]; SeuffA 60 Nr 151). Jedoch muß der Hypothekbesteller noch in der Lage sein, über die Hypothekenstelle zu verfügen. Ist er nicht mehr Eigentümer des Grundstücks, so kann durch Entstehung der Forderung gegen ihn die bisherige Grundschuld nicht ohne weiteres zur Gläubigerhypothek werden; vielmehr bedarf es dazu der Einigung der Beteiligten mit dem neuen Eigentümer gemäß §§ 1198, 877, 873 (vgl. RG JW 1911, 277[4]). — Da hinsichtlich der Festsetzung, zu welcher Zeit und in welcher Art die Forderung, insbesondere eine Darlehnsforderung durch Zahlung an den Eigentümer, zur Entstehung gebracht (die Hypothek valutiert) werden soll, im Gesetz keine Schranken gesetzt sind, kann die Forderung auch durch einen Zessionar zur Entstehung gebracht werden, wenn der als Gläubiger Eingetragene die (nicht valutierte) Hypothek an den Zessionar abgetreten hat auf Grund der zwischen ihm und dem Grundstückseigentümer getroffenen Vereinbarung, daß der Zessionar die Forderung (z. B. eine Baugelddarlehnsforderung durch Zahlung an den Eigentümer zu dessen Neubau) zur Ent-

stehung bringen (die Hypothek valutieren) solle. Es ist dann der Zessionar, wenn er die Forderung zur Entstehung gebracht und somit die Hypothek erworben hat, als der erste wahre Hypothekengläubiger anzusehen (RG Warn 08 Nr 321; 1911 Nr 184).

3. **Die Hypothek,** die **nach** Abs 1 Satz 1 oder nach Abs 2 **dem Eigentümer zusteht** oder **nach Abs 1 Satz 2 von ihm erworben wird,** ist in Wirklichkeit keine Hypothek, sondern nach § 1177 Abs 1 in der Hand des Eigentümers eine Grundschuld (RG 51, 44; 51, 116; 52, 9; 52, 339; 55, 264; 57, 211; 66, 288; 73, 174; 77, 108; 78, 409; 94, 8). Nur geht bei der Verwandlung der Hypothek in die Grundschuld auf diese gemäß § 1177 Abs 1 Satz 2 von der Forderung, für welche die Hypothek bestellt worden ist, so viel mit hinüber, daß in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend bleiben. — Der Übergang auf den Eigentümer vollzieht sich kraft Gesetzes, ohne daß es einer rechtsgeschäftlichen Übertragung bedarf. In dem Augenblick, in dem die den Übergang und zugleich die Umwandlung bewirkende Tatsache (Nichtentstehung der Forderung, Erlöschen der Forderung, Nichtübergabe des über die eingetragene Hypothek gebildeten Briefes) vorliegt, ist das Eingetragene nicht Hypothek des eingetragenen Gläubigers, sondern Grundschuld des Eigentümers (RG 94, 8; KGJ 20 A 190; 20 A 282; 26 A 147; 26 A 149; 28 A 289). Das Grundbuch ist unrichtig insofern, als danach der eingetragene Gläubiger der Inhaber und das eingetragene Recht eine Hypothek sein soll. Der Eigentümer kann von dem Eingetragenen Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 verlangen. Von einem Nachweis des Eintritts der Tatsache hängt der Übergang (die Umwandlung) nicht ab. Durch einen solchen Nachweis wird nur dargetan, daß das eingetragene Recht bereits dem Eigentümer als Grundschuld gehört. Ist die Forderung z. B. zufolge Befriedigung des Gläubigers erloschen (Abs 1 Satz 2, s. A 5), so genügt zur Berichtigung des Grundbuchs, also zur Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer als Grundschuld, gemäß § 22 GBO eine in der Form des § 29 GBO ausgestellte Quittung des Gläubigers, worin er bekennt, Zahlung erhalten zu haben, und zwar unter Nennung des Zahlenden (KGJ 20 A 190; 26 A 149; 28 A 138; 32 A 259; 40, 294; auch RG 73, 174; RJA 11, 63; eine Löschungsbewilligung des Gläubigers ist nicht genügend, weil er nicht mehr wahrer Berechtigter ist, RJA 8, 41; KGJ 32 A 259; 40, 296; 48, 186; 50, 221; § 1144 A 4). Handelt es sich um eine Briefhypothek, so kann der Eigentümer gemäß §§ 896, 1144 Aushändigung des Briefes verlangen. Für den Fall der teilweisen Befriedigung durch den Eigentümer vgl. § 1145 (Vorlegung des Briefes zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs). Im Falle der Nichtentstehung der Forderung oder der Nichtübergabe des Briefes (Abs 1 Satz 1, Abs 2) wird durch ein in der Form des § 29 GBO erklärtes Anerkenntnis dieser Tatsachen seitens des Gläubigers dargetan, daß auf Grund der Hypothekeneintragung eine Grundschuld des Eigentümers besteht (KGJ 22 A 310). Ist bei einer Briefhypothek die Forderung nur teilweise zur Entstehung gelangt, so steht dem Eigentümer das Miteigentum an dem Briefe gemäß § 952 zu. Er kann aber von dem Hypothekengläubiger, da dieser in der freien Verfügung über die Resthypothek nicht beschränkt werden darf, weder Aushändigung des Briefes noch Gewährung des Mitbesitzes daran verlangen, sondern gemäß § 896 Vorlegung des Briefes zur Berichtigung des Grundbuchs oder gemäß §§ 749, 752, 1152 Vorlegung behufs Herstellung eines Teilhypothekenbriefs (RG 59, 318; 69, 40). Der so als Inhaber ausgewiesene Eigentümer kann über die Hypothek (Grundschuld) verfügen. Er kann sie durch Aufgabeerklärung (Löschungsbewilligung) gegenüber dem Grundbuchamt oder dem etwa Begünstigten (§ 875 BGB A 7, 8, §§ 19, 29 GBO) zur Aufhebung (Löschung) bringen (RG 66, 288; 73, 174; KGJ 48, 186) oder sie an einen anderen übertragen. Gegenstand der Übertragung ist nicht die Hypothek als solche, deren Forderung nicht etwa nun entsteht oder wieder auflebt, sondern die Grundschuld. Dies ist bei der Übertragung zum Ausdrucke zu bringen (vgl. KGJ 27 A 278; OLG 14, 113, jedoch auch RJA 9, 218). Für die Form der Übertragung ist gemäß § 1192, je nachdem die eingetragene Hypothek verbrieft ist oder nicht, § 1154 Abs 2 (schriftliche Abtretungserklärung oder Eintragung der Abtretung und Übergabe des Briefes) oder §§ 1154 Abs 3, 873 (Einigung und Eintragung der Abtretung) maßgebend (RG JW 07, 71[19]). Wird die Übertragung in das Grundbuch eingetragen, so ist zu vermerken, daß sich die Hypothek in eine Grundschuld umgewandelt habe und diese übertragen worden sei. — Jedoch kann der Eigentümer die Grundschuld gemäß §§ 1198, 877 wieder zu einer Hypothek umgestalten dadurch, daß er durch Vereinbarung mit dem als Gläubiger Eingetragenen oder im Falle der Abtretung durch Vereinbarung mit dem neuen Gläubiger eine (neue) Forderung der Grundschuld unterlegt (vgl. hierüber § 1198 A 1). — Mit dem Eintritte der Tatsache, wodurch die Hypothek in eine Grundschuld umgewandelt wird, kann diese auch von den Gläubigern des Inhabers (s. A 4, 6) gepfändet werden. Zur Pfändung ist gemäß §§ 857 Abs 6, 830 ZPO außer Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Inhaber im Falle der Briefhypothek (Briefgrundschuld) Übergabe des Briefes an den Gläubiger oder Wegnahme im Wege der Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher (gemäß § 883 ZPO, RG Gruch 50, 1110) erforderlich (RG 56, 184; 59, 313; 61, 376; 70, 279;

JW 05, 81[22]; Gruch 54, 1024; vgl. auch wegen einer Vorpfändung nach § 845 ZPO OLG 23, 213) und im Falle der Buchhypothek (Buchgrundschuld) Eintragung der Pfändung (RG 55, 378; 56, 13). Die Übergabe des Briefes wird nicht gemäß § 931 dadurch ersetzt, daß der Pfändungsgläubiger den Anspruch des Grundschuldinhabers auf Herausgabe des (gemäß §§ 952 Abs 1, 2 in sein Eigentum gelangten, RG 59, 318; 69, 40) Briefes gegen den als Hypothekengläubiger Eingetragenen oder einen dritten Besitzer sich zur Einziehung überweisen läßt (§§ 835, 886 ZPO), da eine solche Überweisung nicht der Abtretung gleichsteht; der Pfändungsgläubiger muß sich den Besitz des Briefes, nötigenfalls durch Klage gegen den Besitzer, verschaffen (RG 63, 214). Wenn der Pfändungsgläubiger die Eintragung der Pfändung beantragt, muß er dem Grundbuchamt ebenso wie der Eigentümer, der über die Grundschuld verfügen will, in gehöriger Form (s. oben) nachweisen, daß die Hypothek dem Eigentümer als Grundschuld zusteht (RJA 3, 107; 5, 270; KGJ 22 A 171; 29 A 186; 33 A 275). — Veräußert der Eigentümer, dem die Hypothek als Grundschuld zugefallen ist, das belastete Grundstück, so bleibt er Gläubiger der Grundschuld (s. A 6 und RG Gruch 58, 668; Warn 1914 Nr 21: auch im Falle einer Höchstbetragshypothek). Gleiches gilt, wenn das Grundstück zwangsversteigert wird und die Grundschuld als Teil des geringsten Gebots bestehen bleibt (RG 94, 9; Warn 1914 Nr 21). Ist bei der Zwangsversteigerung die Eigentümergrundschuld gemäß § 91 ZVG durch den Zuschlag erloschen, so kann der an die Stelle der Eigentümergrundschuld getretene Anspruch auf Befriedigung aus dem baren Versteigerungserlöse (RG 55, 264; 63, 216; 65, 418; 75, 316; 77, 296), da ein Drittschuldner nicht vorhanden ist, nach Maßgabe der §§ 829, 857 Abs 2 ZPO gepfändet werden. Es bedarf also zur Wirksamkeit der Pfändung nicht der Übergabe des Hypothekenbriefs bei der Eigentümer-Briefgrundschuld und nicht der Eintragung bei der Eigentümer-Buchgrundschuld; vielmehr genügt die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den früheren Eigentümer (RG 55, 264; 63, 216; 64, 216; 64, 311; 70, 279; 75, 316; JW 06, 387[13]). Die Pfändung einer Eigentümergrundschuld nach deren Erlöschen durch den Zuschlag wird regelmäßig als Pfändung des Anspruchs auf Befriedigung aus dem Erlöse zu deuten sein (RG 75, 316). — Zur Rechtswirksamkeit der zuerstbezeichneten Verfügungen über die Eigentümergrundschuld selbst ist nach BGB nicht erforderlich, daß der Eigentümer als Inhaber der Grundschuld eingetragen (die Hypothek als Grundschuld auf ihn umgeschrieben) ist. Streitig ist, ob, wenn auf Grund der Verfügung eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen soll, nach der Ordnungsvorschrift des § 40 Abs 1 GBO die vorherige Umschreibung auf den Eigentümer vom Grundbuchamt zu erfordern ist. Dies ist zu bejahen. Es genügt nicht, daß der Eigentümer als solcher im Grundbuch eingetragen ist. Durch die auf die Hypothek (Grundschuld) bezügliche Eintragung wird nicht das Eigentumsrecht „betroffen", sondern ein das Eigentumsrecht belastendes hypothekarisches Recht, und hinsichtlich dieses Rechtes am Grundstück ist der Grundstückseigentümer nicht als „Berechtigter" schon deswegen eingetragen, weil das Grundstückseigentum für ihn eingetragen ist (vgl. RG 72, 277; a. M. RJA 1, 125; 1, 162; 2, 198; 3, 202; 11, 290; KGJ 33 A 274; 33 A 280; 36 A 258). Daher ist zur Eintragung der Abtretung oder der Pfändung der Eigentümergrundschuld deren Umschreibung auf den Namen des Eigentümers Voraussetzung. Jedoch bedarf es hierzu nicht der vorherigen Eintragung eines besonderen Umschreibungsvermerks; vielmehr genügt auch ein zunächst die Umschreibung und dann die Abtretung oder Pfändung enthaltender gemeinsamer Eintragungsvermerk. Gleiches hat zu gelten, wenn die Grundschuld durch Unterlegung einer (neuen) Forderung wieder in eine Hypothek umgewandelt werden soll (OLG 6, 327). Zur Löschung bedarf es der Umschreibung dann nicht, wenn der als Gläubiger Eingetragene die Löschung bewilligt und der Eigentümer ihr zustimmt; denn ersterer gilt dem Grundbuchamt gegenüber als zur Aufhebung der Hypothek berechtigt, so daß für die Löschung die Erfordernisse der §§ 19, 27 GBO gegeben sind (KGJ 29 A 188; 32 A 259), sofern nicht etwa aus den eingereichten Urkunden sich ergibt, daß der bewilligende Gläubiger zufolge Übergangs der Hypothek auf den Eigentümer in Wirklichkeit nicht Gläubiger ist (KGJ 26 A 150; 29 A 188). — Im Zusammenhange hiermit steht die Frage, ob eine künftige, möglicherweise entstehende Eigentümergrundschuld im voraus übertragen, verpfändet, gepfändet werden kann. Dies wird von der herrschenden Meinung an sich bejaht, weil es sich um ein künftiges Recht handle, das in einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis seine Grundlage habe (RG 51, 115; 55, 334; 56, 14; JW 04, 365[30]; RJA 2, 198; 5, 271; KGJ 33 A 283; OLG 7, 315). Nur die Eintragung derartiger Verfügungen wird für unzulässig erklärt, weil namentlich aus § 40 GBO sich ergebe, daß das von der einzutragenden Verfügung betroffene Recht ein gegenwärtiges und ein eingetragenes sein müsse (RG 61, 374; 72, 276; 75, 250; JW 1912, 297[17]; RJA 5, 270; KGJ 45, 269; vgl. auch bezüglich der Pfändung KGJ 22 A S. 163, 171; 26 A 46; 28 A 141; 29 A 186; 33 A 274; OLG 22, 380; 26, 200). Bei der Briefhypothek könnte also die künftige Eigentümergrundschuld abgetreten (§ 1154) oder gepfändet (§§ 830 Abs 1, 857 Abs 6 ZPO) werden, wenn die Übergabe des Hypothekenbriefs erlangt werden könnte. Die Zulässigkeit derartiger Verfügungen dürfte aber überhaupt zu verneinen sein; denn eine ungewisse Aussicht auf Erlangung eines Gegenstandes,

der gegenwärtig einem anderen gehört, kann nicht als ein Vermögensrecht erachtet werden, das in das Vermögen eines Dritten übertragen oder an dem für den Dritten ein Recht erworben werden könnte (a. M. Mayer, die Pfändung von Eigentümerhypotheken, S. 93 ff.). Ist aber die Hypothek, wie es bei Höchstbetragshypotheken (§ 1190) häufig der Fall ist, für eine künftige (oder aufschiebend bedingte) Forderung bestellt, so steht sie gegenwärtig dem Eigentümer als durch die Entstehung der Forderung auflösend bedingte Grundschuld zu (§ 1113 A 7, § 1190 A 1). Eine solche Eigentümergrundschuld könnte abgetreten und gepfändet werden, weil sie ein gegenwärtiges Recht des Eigentümers ist. Auch die Eintragung der Abtretung und der Pfändung wäre zulässig, nachdem die Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer mit der Bedingung umgeschrieben wäre, daß, wenn die Forderung zur Entstehung gelange, die Grundschuld dem als Hypothekengläubiger Eingetragenen als Hypothek für die Forderung zustehe. Mit der Entstehung der Forderung würde die Abtretung oder die Pfändung hinfällig. — Unter dem die Hypothek gegebenenfalls erlangenden Eigentümer ist nicht der eingetragene Eigentümer als solcher, sondern der wahre Eigentümer zu verstehen. Ist z. B. die Auflassung, auf Grund deren der Eigentümer eingetragen ist, nichtig oder zufolge Anfechtung nichtig geworden, so steht dem bisherigen Eigentümer die Eigentümergrundschuld zu (RG 80, 320). — Wegen Unzulässigkeit einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs gegen den Eigentümer auf Übertragung der Hypothek oder Bestellung eines Pfandrechts daran für den Fall, daß die Hypothek zur Eigentümergrundschuld werden sollte, vgl. § 883 A 2. — Bezüglich des Ranges einer Teileigentümergrundschuld vgl. § 1176. — Über andere Fälle der Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümergrundschuld, über Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen und über die rechtliche Bedeutung der Eigentümergrundschuld im Zwangsversteigerungsverfahren und im Konkurse vgl. § 1177 A 2, 3.

4. Im Falle der Nichtentstehung der Forderung **steht die Hypothek** (als Grundschuld, s. A 3) **dem Eigentümer zu,** der zur Zeit der Eintragung der Hypothek Eigentümer ist, gleichviel, ob er im Zeitpunkte der etwa erst später erfolgenden Feststellung der Nichtentstehung noch Eigentümer ist oder nicht (RG 51, 43; 55, 220; 68, 101; 75, 249; 78, 404; Gruch 58, 669; KGJ 38 A 281). Auch wenn erst, nachdem er das Grundstück veräußert oder nachdem es durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung ein anderer erworben hat, sich ergibt, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist (z. B. infolge Anfechtung des Schuldrechtsgeschäfts, s. A 2), besteht die Grundschuld für den früheren Eigentümer, nicht etwa für den Grundstückserwerber (RG 55, 222; 78, 409; JW 1912, 853[4]). Ist die Hypothek für eine künftige oder eine aufschiebend bedingte Forderung bestellt, besteht sie daher (s. § 1113 A 7) zunächst als vorläufige, durch die Entstehung der Forderung auflösend bedingte Eigentümergrundschuld und fällt dann diese auflösende Bedingung zufolge Nichtentstehung der Forderung aus, so daß nunmehr die vorläufige Eigentümergrundschuld zur endgültigen wird, so steht die Grundschuld ebenfalls dem Eigentümer zur Zeit der Eintragung der Hypothek zu, nicht dem etwaigen Nachfolger im Eigentum zur Zeit des Ausfalls der auflösenden Bedingung (KGJ 49, 219). Vgl. auch bezüglich der Höchstbetragshypothek § 1190 A 1. — Ist eine Kaufpreisforderung, für die von dem Grundstückskäufer Hypothek bestellt worden ist, nicht zur Entstehung gelangt (z. B. weil der Kaufvertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist, s. A 2), so steht die Hypothek (als Grundschuld) dem Käufer, nicht dem Verkäufer zu (RG 68, 101), vorausgesetzt, daß die Hypothekbestellung selbst rechtsgültig ist (s. A 1). — Im Falle des Miteigentums nach Bruchteilen steht die Grundschuld den Miteigentümern nach Verhältnis ihrer Anteile zu (RG 51, 400; vgl. RJA 11, 285), und zwar nicht als einer Gemeinschaft gemäß §§ 741, 747, sondern jedem der Miteigentümer zu einem selbständigen Teil (vgl. RJA 8, 61), da anzunehmen ist, daß sich das (gemäß § 1192 auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück gerichtete) Grundschuldrecht wie bei einer Geldforderung (§ 420) kraft Gesetzes teilt; jedoch haftet für jeden Teil das ganze Grundstück (OLG 14, 114). — Ist die Forderung nur teilweise zur Entstehung gelangt, so besteht die Hypothek zu diesem Teil als Hypothek des Gläubigers, zum andern Teil als Grundschuld des Eigentümers. Ersterer Teil hat nach § 1176 den Vorrang. Wegen des Hypothekenbriefs einer Briefhypothek in diesem Falle vgl. A 3. — Über die Folgen, wenn die Forderung nach der Hypotheneintragung zur Entstehung gelangt, und ferner, wenn sie durch einen Zessionar zur Entstehung gebracht wird, vgl. A 2. — Vertragsmäßige Ausschließung des Eintritts der Eigentümergrundschuld wirkt nur schuldrechtlich und ist nicht eintragungsfähig (vgl. § 1177 A 3). Über die Wirkung solcher Ausschließung im Falle des Konkurses über das Vermögen des verpflichteten Eigentümers vgl. § 1179 A 5.

5. Gleichviel aus welchem **Grunde die Forderung erlischt,** ob durch Zahlung (§ 362), Leistung an Erfüllungs Statt (§ 364), Hinterlegung (§ 378), Aufrechnung (§ 389) Erlaß (§ 397, über Verzicht auf die Hypothek s. § 1168) oder durch Ausschluß des unbekannten Gläubigers im Aufgebotsverfahren (§ 1171 Abs 2) oder Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins (§§ 158, 163, vgl. aber über die Verschiedenheit von auflösend bedingter Hypothekbestellung § 1113 A 2, 7) oder durch Vereinigung von Forderung und Schuld in derselben

Person (z. B. infolge Erbfalls). Jedoch hat die Befriedigung des Gläubigers nicht immer Erlöschen der Forderung zur Folge. Vielmehr geht in mehreren Fällen die Forderung und damit auch die Hypothek auf den Befriedigenden über, so daß § 1163 Abs 1 Satz 2 keine Anwendung findet. Vgl. über diese Fälle § 1143 A 3. Ferner gilt für die Vereinigung von Forderung und Schuld nach § 1164 Abs 1, 2 die Ausnahme, daß, wenn der persönliche Schuldner von dem Eigentümer verschieden ist, die Forderung zwar erlischt, aber die Hypothek in Höhe der etwaigen Ersatzforderung auf den Schuldner, nicht auf den Eigentümer, übergeht. — Zahlt der Eigentümer und persönliche Schuldner eine Nachlaßhypothek an den nicht befreiten (§ 2136) Vorerben ohne Zustimmung des Nacherben aus, so erlischt gemäß §§ 2113 Abs 1, 2114 Satz 2 das Schuldverhältnis nicht und erwirbt er die Hypothek nicht als Eigentümergrundschuld; das gleiche gilt, wenn der Vorerbe durch Vertrag mit ihm gemäß § 397 ohne Zustimmung des Nacherben anerkennt, daß das Schuldverhältnis nicht bestehe (KGJ 50, 217). Wenn der Fideikommißbesitzer (vgl. Art 59 EG) eine auf dem Fideikommißgrundstück als Fideikommißschuld lastende Hypothek, für die er nicht persönlich haftet, aus seinem Allodialvermögen bezahlt, so erwirbt er nicht die Hypothek als Eigentümergrundschuld, da er nicht Grundstückseigentümer ist (nach §§ 72—74 II 4, §§ 1ff. I 18 PrALR hat er nur nutzbares Eigentum, die Familie das Obereigentum) und er daher einem Dritten gleichsteht, der eine Fideikommißschuld bezahlt, ohne die Hypothek dadurch (vgl. § 267) zu erwerben (KGJ 48, 222).

6. Derjenige **erwirbt die Hypothek** (als Grundschuld, s. A 3), welcher **zur Zeit des Erlöschens der Forderung Eigentümer** ist; nicht der Hypothekbesteller, wenn er nicht mehr Eigentümer ist, mag er auch durch Befriedigung des Gläubigers die Forderung zum Erlöschen bringen (**RG** 55, 220; 78, 404; Gruch 58, 669 [insbesondere für den Fall einer Höchstbetragshypothek]; KGJ 38 A 281; vgl. auch A 3, insbesondere für den Fall der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks). Im Falle der Veräußerung des Grundstücks nach dem Erlöschen bleibt der Veräußerer der allein verfügungsberechtigte Inhaber der Grundschuld (KGJ 26 A 303; 28 A 136; OLG 3, 224). Befriedigt der Käufer den Gläubiger in der Zeit zwischen Auflassung und Eintragung seines Eigentums, so fällt die Grundschuld dem Verkäufer zu, da dieser zu der betreffenden Zeit noch Eigentümer ist; er wird aber dem Käufer zur Löschung verpflichtet sein (str.; a. M. RJA 4, 233). — Wenn das mit der Hypothek belastete Grundstück im Miteigentum mehrerer steht, so erwirbt, wenn ein Miteigentümer namens sämtlicher Miteigentümer oder diese zusammen den Gläubiger befriedigen, jeder Miteigentümer einen der Höhe seines Miteigentumsanteils entsprechenden Teil der Hypothek, wie aus § 420 zu entnehmen ist (vgl. **RG** 51, 389; RJA 8, 61; 11, 285). Zahlt ein Miteigentümer für sich allein im eigenen Namen, so ist zu unterscheiden: Lastet die Hypothek auf den einzelnen Anteilen, so wird die Hypothek gemäß dem entsprechend anzuwendenden § 1173 (s. § 1132 A 1) von dem Befriedigenden an seinem Anteil als Grundschuld in ganzer Höhe erworben, während sie an den anderen Anteilen erlischt, soweit nicht für den Befriedigenden ein Ersatzanspruch besteht (str.; RJA 11, 286; OLG 18, 173). Ist dagegen die Hypothek auf das ganze Grundstück eingetragen worden (vgl. § 1132 A 4), so steht den Miteigentümern die Grundschuld nach Bruchteilen zu, da in diesem Falle die Miteigentümer als ein einziger Eigentümer gelten (str.; a. M. RJA 11, 285, wo angenommen wird, daß auch im letzteren Falle § 1173 entsprechend anzuwenden sei). Sind die Miteigentümer Gesamtschuldner der Hypothekenforderung (haben sie z. B. das Darlehn, zu dessen Sicherheit die Hypothek bestellt ist, gemeinsam aufgenommen), so geht nach §§ 426 Abs 2 Satz 1, 412, 1153 in dem ersteren der beiden zuletzt genannten Fälle die Forderung nebst der Hypothek an den Anteilen der anderen Miteigentümer, in dem zweiten Falle die Forderung nebst der Hypothek an dem ganzen Grundstück in Höhe des dem Zahlenden gegen die anderen Miteigentümer zustehenden Ausgleichungsanspruchs auf den Zahlenden über, so daß in dem zweiten Falle nur in Höhe des Restbetrages die Grundschuld an dem ganzen Grundstück sämtlichen Miteigentümern nach Bruchteilen zusteht. Über den Fall, daß der zahlende Miteigentümer nicht auch zugleich persönlicher Schuldner ist, vgl. § 1143 A 3. Vgl. dort ferner über die Fälle, daß einer von mehreren Miterben, welche Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks sind, und daß ein Vorerbe, zu dessen Vorerbschaft das mit der Hypothek belastete Grundstück gehört, den Hypothekengläubiger befriedigt. — Im Falle der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück (§ 1147) erlischt gemäß § 1181 Abs 1 ausnahmsweise mit der Forderung auch die Hypothek, so daß der Eigentümer diese nicht erwirbt. — Nach §§ 868, 932 Abs 2 ZPO „erwirbt der Eigentümer" eine Zwangshypothek (auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels eingetragene Sicherungshypothek), wenn die im § 868 ZPO genannten aufhebenden Entscheidungen, Anordnungen, Maßnahmen erfolgen, und eine Arresthypothek (in Vollziehung eines Arrestes eingetragene Höchstbetragshypothek), wenn der Arrestbefehl durch eine vollstreckbare Entscheidung (§§ 925 Abs 2, 926, 927 ZPO) aufgehoben wird. Unter dem erwerbenden Eigentümer ist hier, entsprechend dem § 1163 Abs 1 Satz 2 BGB, der Eigentümer zur Zeit des Eintritts eines der genannten prozessualen Tatbestände zu verstehen; hat also seit Eintragung eines Eigentumswechsels stattgefunden, so erwirbt nicht der frühere Eigentümer,

gegen den sich die Eintragung gerichtet hat, sondern der gegenwärtige Eigentümer die Hypothek (RG 78, 402; JW 1911, 277[4]; RJA 10, 160; auch 11, 55; a. M. OLG 26, 156 für den Fall der Aufhebung des Arrestes gemäß § 925 Abs 2 ZPO wegen Mangels eines Arrestgrundes). Neben diesen Bestimmungen der ZPO finden aber auf die Zwangs- und die Arresthypothek, da sie Sicherungshypotheken im Sinne der §§ 1184, 1190 BGB sind und ihr Wesen, insbesondere das der zugrunde liegenden Forderung, nicht dadurch geändert wird, daß die Eintragung auf Grund vollstreckbaren Schuldtitels bzw. Arrestbefehls erfolgt, auch die Vorschriften des BGB über Erwerb einer Hypothek durch den Eigentümer Anwendung (a. M. OLG 11, 114). So erwirbt der Eigentümer eine Zwangshypothek z. B. nach § 1163 Abs 1 Satz 2 BGB, wenn er die vollstreckbare Forderung tilgt; nach § 1168 BGB, wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (RG 78, 407); und es steht dem Eigentümer gemäß § 1163 Abs 1 Satz 1 BGB eine Arresthypothek zu, und zwar nach § 1177 Abs 1 BGB als Grundschuld, wenn die Arrestforderung nicht besteht (RG 78, 408). Dies gilt auch gegenüber einem gutgläubigen Erwerber der Arresthypothek, da zufolge der Eintragung der Hypothek auf Grund eines Arrestes sich aus dem Grundbuch selbst ergibt, daß das Bestehen der Hypothek für den Gläubiger durch die Feststellung des Nichtbestehens einer Forderung auflösend bedingt ist (vgl. OLG 26, 11). Ist ein zur Eigentümerhypothek nach BGB führender Tatbestand eingetreten, so kann, da der Übergang der Hypothek bereits stattgefunden hat, ein später eintretender Tatbestand nach §§ 868, 932 Abs 2 ZPO eine Änderung nicht mehr herbeiführen, und umgekehrt (RG 78, 407). — Darüber, daß aus einer nichtigen Hypothekeintragung überhaupt nicht eine Eigentümergrundschuld entstehen kann, vgl. A 1 u. § 1177 A 1.

7. Die **dem Eigentümer bis zur Übergabe des Briefes** (als Briefgrundschuld, s. A 3) zustehende Hypothek wird zur wirklichen Hypothek des Gläubigers, wenn diesem der Brief vom Eigentümer übergeben wird (s. § 1117 nebst A). Vorausgesetzt, daß die gesicherte Forderung entstanden und auch nicht inzwischen erloschen ist. Andernfalls steht nach Abs 1, der auch für die Briefhypothek des Abs 2 gilt, die Hypothek trotz Übergabe des Briefes doch noch immer dem Eigentümer als Briefgrundschuld zu (RG 69, 40; JW 1912, 402[24]; RGSt 39, 184). — Abs 2 findet gemäß § 1192 auch auf Briefgrundschulden Anwendung (RG 77, 108; vgl. § 1192 A 1 Abs 3).

§ 1164

Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger[1]), so geht die Hypothek insoweit auf ihn über[2]), als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann[3]). Ist dem Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten, so kann der Eigentümer die Hypothek, soweit sie auf ihn übergegangen ist, nicht zum Nachteile der Hypothek des Schuldners geltend machen[4]).

Der Befriedigung des Gläubigers steht es gleich, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen[5]).

E II 1071; P 3 605, 630, 727 f.

1. Für die im § 1164 aus Billigkeitsgründen bestimmte Ausnahme von der Regel des § 1163 Abs 1 Satz 2, wonach im Falle des Erlöschens der Forderung die Hypothek (als Grundschuld) auf den Eigentümer übergeht, ist Voraussetzung, daß der vom Eigentümer verschiedene **persönliche Schuldner der** den Gläubiger **Befriedigende** ist und die Forderung durch diese Befriedigung zum Erlöschen bringt (RG 65, 417; KGJ 50, 209). Wird der Gläubiger von dem Schuldner, der zugleich Eigentümer ist, oder von einem Dritten, der nicht etwa Gesamtschuldner, Mitbürge oder Ablösungsberechtigter ist (§§ 268, 426 Abs 2, 774 Abs 2, 1150) befriedigt, so gilt die Regel des § 1163 Abs 1 Satz 2 (vgl. RG 96, 139), und befriedigt den Gläubiger der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, so erwirbt er gemäß §§ 1143, 401, 412, 1153 die Forderung mit der Hypothek (KGJ 27 A 280; 28 A 138). — Unter Befriedigung sind alle die Rechtshandlungen zu verstehen, wodurch das Erlöschen der Forderung herbeigeführt wird (vgl. hierüber § 1163 A 5). Auch der Erlaß durch Vertrag gemäß § 397 gehört dazu (str.). Dies wird bestätigt durch Abs 2, wonach auch die Vereinigung von Forderung und Schuld der Befriedigung gleichstehen soll.

2. **Die Hypothek geht auf den persönlichen Schuldner insoweit über,** als er Ersatz verlangen kann. Kann er nur hinsichtlich eines Teiles des aus seinem Vermögen zur Befriedigung des Gläubigers Geleisteten (über die in Betracht kommenden Arten der Befriedigung s. § 1163 A 5) einen Ersatzanspruch geltend machen, so geht zufolge Erlöschens der Forderung der andere Hypothekenteil nach der Regel des § 1163 Abs 1 Satz 2 (s. A 1) auf den Eigentümer über, und zwar gemäß § 1177 Abs 1 als Grundschuld. Über das Rangverhältnis zwischen den beiden Hypothekenteilen vgl. A 4. — Streitig ist, ob die Hypothek insoweit, als der

Ersatzanspruch besteht, als wirkliche Hypothek oder als Grundschuld auf den Schuldner übergeht, sowie, wenn ersteres anzunehmen, ob die durch die Hypothek gesicherte Forderung auch ferner die ursprüngliche Forderung (in Höhe des Ersatzanspruchs) oder nunmehr die Ersatzforderung ist. Abzulehnen ist zunächst, daß die Hypothek zur Grundschuld wird. Das Gesetz enthält keine Bestimmung, daß die „Hypothek", die auf den Schuldner übergehen soll, sich ebenso, wie im Falle der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person nach § 1177 Abs 1, in eine Grundschuld verwandeln soll. *Die auf den Schuldner übergehende Hypothek bleibt eine wirkliche Hypothek* (vgl. Prot 3, 728; vgl. RG 81, 82; RJA 11, 302). Einer Hypothek aber muß begrifflich (§ 1113) eine Forderung zugrunde liegen. Diese Forderung kann nur die Ersatzforderung sein. Denn einesteils muß die Forderung, wenn der persönliche Schuldner den Gläubiger befriedigt, naturgemäß erlöschen und anderenteils erlangt der Schuldner gerade erst dadurch einen Ersatzanspruch, daß er die Forderung aus seinen Mitteln tilgt. Der Eigentümer kann nicht durch diese Tilgung zum persönlichen Schuldner der ursprünglichen Forderung werden. Auszuscheiden ist hierbei freilich, weil nicht von § 1164 betroffen, der Fall, daß neben dem befriedigenden Schuldner auch der Eigentümer selbst Schuldner ist, daß also für die Forderung ein Gesamtschuldverhältnis besteht (z. B. wenn beide gemeinsam ein Darlehn aufgenommen haben und der Eigentümer für das Darlehn Hypothek bestellt hat). Befriedigt ein Gesamtschuldner, der nicht zugleich Eigentümer ist, den Gläubiger, so geht auf ihn, soweit er von dem anderen Gesamtschuldner (und Eigentümer) Ausgleichung verlangen kann, die Forderung des Gläubigers gegen den letzteren gemäß § 426 Abs 2 über und insoweit daher gemäß §§ 401, 412, 1153 auch die Hypothek, so daß diese in seiner Hand als Hypothek für die ursprüngliche Forderung (in Höhe des Ausgleichungsanspruchs) besteht (RG 65, 414; 67, 130; KGJ 50, 209; s. auch § 1143 A 3). Gleiches gilt nach §§ 774, 401, 412, 1153, wenn der Bürge die Forderung, für die der Eigentümer auch persönlich haftet, an den Gläubiger bezahlt (RG 65, 139). In den Fällen des § 1164 (s. A 3) dagegen tritt ebenso, wie die Hypothek kraft Gesetzes auf den Schuldner übergeht, die Ersatzforderung kraft Gesetzes an Stelle der ursprünglichen Forderung in die Hypotheksicherung ein, und zwar in der Weise, daß nunmehr der Eigentümer oder der etwa ersatzpflichtige Rechtsvorgänger im Eigentum der persönliche Schuldner dieser Hypothekforderung ist. Hinsichtlich der gegen die Schuldklage oder die dingliche Klage des früheren Schuldners, jetzigen Gläubigers, zustehenden Einwendungen (vgl. bezüglich der dinglichen Klage § 1137) gilt nichts anderes wie sonst, wenn der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, mit der Maßgabe, daß die aus dem persönlichen Schuldverhältnisse zu entnehmenden Einwendungen sich gegen das Bestehen der Ersatzverpflichtung richten. Zu bemerken ist nur, daß dem Schuldner für seinen Rechtserwerb der Schutz des § 892 (z. B. bezüglich der Rechtsbeständigkeit der Hypothek) nicht zur Seite steht, da er die Hypothek nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes erwirbt (s. § 892 A 4). — Der Schuldner hat nach § 1167 gegen den von ihm befriedigten Gläubiger die Rechte aus §§ 1144, 1145 hinsichtlich der zur *Berichtigung des Grundbuchs* erforderlichen Urkunden. Will er die Hypothek auf seinen Namen umschreiben lassen, so muß er nicht nur diese Urkunden (z. B. Quittung des Gläubigers, Hypothekenbrief) dem Grundbuchamt vorlegen, sondern auch urkundlich (§ 29 GBO) nachweisen, daß ihm eine Ersatzforderung zusteht, und zwar, wenn nicht über das betreffende Schuldverhältnis eine Urkunde (z. B. ein die Schuldübernahme, s. A 3, enthaltender Kaufvertrag) errichtet ist, durch Anerkenntnis des Eigentümers oder Urteil gegen ihn. — Eine *Pfändung des Ersatzanspruchs* kann infolge seiner Verbindung mit der Hypothek nur nach Maßgabe des § 830 ZPO erfolgen, nicht nach § 829 (vgl. RG 81, 75). — § 1164 gilt für *alle Hypothekenarten*, auch für die Sicherungshypothek. Eine Änderung der Art (z. B. Umwandlung der Verkehrshypothek in eine Sicherungshypothek und umgekehrt) bewirkt der Übergang auf den Schuldner nicht. Für die *Gesamthypothek* gibt § 1174 Sonderbestimmungen. Wegen der Anwendbarkeit des § 1164 auf Hypotheken des *früheren Rechtes* vgl. Art 192 EG und RG 53, 378. Auf *Grundschulden* ist § 1164 unanwendbar (vgl. § 1192 A 1). — Über Unzulässigkeit einer *Vormerkung* zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung einer Hypothek im Falle ihres Übergangs auf den persönlichen Schuldner vgl. § 1179 A 6.

3. Der persönliche Schuldner kann zufolge Tilgung der Forderung **von dem Eigentümer Ersatz verlangen** z. B.: wenn bei Veräußerung eines Grundstücks, das mit einer Hypothek für eine Schuld des Veräußerers belastet ist, die Übernahme der Schuld durch den Erwerber vereinbart war, die persönliche Haftung des Veräußerers aber fortbesteht, weil die Schuldübernahme mangels Genehmigung des Gläubigers nicht gemäß §§ 415, 416 zustande gekommen ist (RG 53, 382; 58, 425; 65, 137; 81, 71; JW 08, 32[7]; RJA 11, 302; OLG 31, 128), was auch gilt, wenn im Falle der Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks der Ersteher eine bestehenbleibende Hypothek, für die der Vollstreckungsschuldner persönlich haftet, gemäß § 53 Abs 1 ZVG übernommen hat (RG 89, 78); wenn der persönliche Schuldner eine Darlehnsschuld unter Hypothekbestellung des Eigentümers eingegangen ist, um das Geld zur

Befriedigung eines Anspruchs des Eigentümers gegen ihn an diesen zahlen zu lassen, und demnächst der Anspruch sich als nicht bestehend erweist (vgl. RG 53, 378). Ein fernerer Fall ist folgender: Wenn ein Hypothekengläubiger, der einen vollstreckbaren Schuldtitel nur wegen seiner persönlichen Forderung (auf Schuldklage) erlangt hat, auf Grund dieses Schuldtitels die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks betreibt und bei der Kaufgelderverteilung den baren Versteigerungserlös für die persönliche Forderung in Anspruch nimmt, so geht seine in das geringste Gebot gefallene Hypothek, soweit er aus dem dem Schuldner gehörenden Versteigerungserlöse wegen der Forderung befriedigt wird, auf den Schuldner (früheren Eigentümer) als Hypothek für dessen Ersatzanspruch gegen den Ersteher (vgl. § 53 ZVG mit §§ 415, 416 BGB) über (RG 76, 120). Vgl. auch §§ 2166ff. Über die Art des Ersatzanspruchs, wenn Mehrere Gesamtschuldner der Hypothekenforderung sind und einer von ihnen den Hypothekengläubiger befriedigt, vgl. § 1166 A 1 a. E. Ein Ersatzanspruch im Sinne des § 1164 besteht z. B. nicht, wenn der auf Grund Kaufes und Auflassung als Eigentümer Eingetragene einen Hypothekengläubiger befriedigt und dann die Auflassung zufolge Anfechtung des Verkäufers gemäß § 142 von Anfang an nichtig wird, also der Verkäufer wahrer Eigentümer geblieben ist (RG 80, 321). — Der Übergang der Hypothek auf den persönlichen Schuldner vollzieht sich auch dann, wenn nicht der gegenwärtige Eigentümer selbst, sondern ein **Rechtsvorgänger im Eigentum,** also irgendein früherer Eigentümer, der Ersatzpflichtige ist. Hat der gegenwärtige Eigentümer das Grundstück durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung erworben, so ist allerdings sein Eigentum nicht ein vom Vollstreckungsschuldner abgeleitetes Recht und ist er nicht Rechtsnachfolger des Vollstreckungsschuldners (RG 80, 351; 89, 79). Dennoch ist der Vollstreckungsschuldner und frühere Eigentümer als Rechtsvorgänger des Erstehers im Sinne des § 1164 (und also auch des § 1165) anzusehen, da aus dem allgemeinen Ausdruck „Rechtsvorgänger" im § 1164 nicht zu entnehmen ist, daß der gegenwärtige Eigentümer ein von dem früheren Eigentümer abgeleitetes Eigentum haben muß, auch nicht ersichtlich ist, weshalb dem persönlichen Schuldner, der einen Ersatzanspruch gegen den früheren Eigentümer erlangt, weniger Sicherung dann, wenn der gegenwärtige Eigentümer das Grundstück durch Zuschlag erworben hat, gewährt sein sollte, als wenn der gegenwärtige Eigentümer das Grundstück durch freiwillige Veräußerung vom früheren Eigentümer erworben hat, übrigens der Vollstreckungsschuldner im § 53 Abs 1 ZVG für den dort behandelten Fall (s. oben) auch als „Veräußerer" bezeichnet ist (vgl. RG 89, 80).

4. Daß bei nur **teilweisem Ersatzanspruch** der **Eigentümer** die Hypothek **nicht zum Nachteil der Hypothek des Schuldners** geltend machen kann, bedeutet: der auf den befriedigenden persönlichen Schuldner übergehende Hypothekenteil hat als Hypothek für den teilweisen Ersatzanspruch den Vorrang vor der zufolge Tilgung der Forderung auf den Eigentümer als Grundschuld übergehenden (s. A 2) Resthypothek. Vgl. die ähnlichen Vorschriften in §§ 268, 426, 774, 1176, 1607, 1709 und RG 76, 198.

5. Eine **Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person** findet z. B. statt, wenn der Schuldner den Gläubiger oder dieser jenen beerbt, oder wenn der Gläubiger das Grundstück vom Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung ist, erwirbt und dabei die Hypothek in Anrechnung auf den Erwerbspreis übernimmt (OLG 31, 196). Da die Vereinigung **der Befriedigung des Gläubigers gleichstehen soll,** so erlischt zwar zufolge der Vereinigung die Hypothekenforderung; wenn aber der Schuldner im Falle der Befriedigung des Gläubigers vom Eigentümer (oder einem Rechtsvorgänger) Ersatz verlangen könnte, tritt an Stelle der Hypothek für die Forderung gegen den Schuldner die Hypothek für die Ersatzforderung gegen den Eigentümer (oder den Rechtsvorgänger), der nunmehr der persönliche Schuldner ist (s. A 2). Andernfalls wird die Hypothek zur Grundschuld des Eigentümers (§ 1163 Abs 1 Satz 2).

§ 1165

Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek oder hebt er sie nach § 1183 auf oder räumt er einem anderen Rechte den Vorrang ein[1]), so wird der persönliche Schuldner insoweit frei[2]), als er ohne diese Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können[3]).

E II 1072; P 3 609, 636.

1. Im Zusammenhange mit § 1164 (vgl. RG 53, 381) und entsprechend der zugunsten des Bürgen im § 776 gegebenen Vorschrift gewährt § 1165 dem persönlichen Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer ist, mit Rücksicht darauf, daß im Verkehre die persönliche Haftung des Schuldners nur zur Ergänzung der etwa unzulänglichen dinglichen Sicherheit dient (Prot 3, 609), Schutz gegen folgende ihm nachteilige Verfügung des Gläubigers über die Hypothek: **Verzicht auf die Hypothek** (§ 1168), **Aufhebung der Hypothek** (§ 1183), **Rangverschlechterung** (§ 880). Darunter fällt nicht ein Geschehenlassen oder Gestatten

der Verschlechterung des Grundstücks, der vom Gläubiger hätte entgegengetreten werden können (z. B. Unterlassung von Sicherungsmaßregeln nach §§ 1133—1135 gegen Wegschaffung von Zubehör). Insbesondere ist hierin nicht ein Verzicht auf die Hypothek zu erblicken, da dieser eine rechtsgeschäftliche Handlung des Gläubigers erfordert (**RG** 58, 428; 65, 397). Unter den Voraussetzungen des § 826 kann aber in solchen Fällen ein Schadensersatzanspruch des Schuldners gegen den Gläubiger gegeben sein (vgl. **RG** 58, 429). Auch ist aus dem Rechtsgedanken im § 1165 zu entnehmen, daß der persönliche Schuldner, wenn er von dem in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks mit der Hypothek ausgefallenen Gläubiger in Anspruch genommen wird, entgegenhalten kann, der Gläubiger habe bei Wahrung seiner Rechte auf Befriedigung aus dem Grundstück absichtlich zu seinem, des Schuldners, Nachteil gehandelt (vgl. **RG** v. 12. 10. 10 V 565/09; 14. 12. 10 V 34/10). Wenn nach erfolgter Zwangsversteigerung des Grundstücks der Hypothekengläubiger im Verteilungstermin einen Teilungsplan genehmigt, in dem ein anderes Recht zu Unrecht vor seiner Hypothek in Ansatz gebracht worden ist, so ist darin eine Vorrangseinräumung im Sinne des § 1165 jedenfalls dann nicht zu finden, wenn der Gläubiger nicht den Willen gehabt hat, den Rang zu ändern, sondern er lediglich im Vertrauen auf die im Teilungsplan bezüglich der Reihenfolge der aus dem Erlöse zu befriedigenden einzelnen Ansprüche vom Gericht getroffene Anordnung die Verteilung genehmigt hat (OLG 38, 72). — § 1165 findet auf alle Hypothekenarten Anwendung (s. § 1164 A 2). Wegen der Gesamthypothek s. § 1174 A 2. Über die Frage, ob und inwieweit § 1165 bei der Gesamthypothek auch auf den Eigentümer, der im Falle der Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers einen Ersatzanspruch gegen einen anderen Eigentümer erlangen würde, entsprechend anwendbar ist, vgl. § 1173 A 7. Hat z. B. A für B an zwei Grundstücken Hypothek bestellt, erwirbt dann C das eine Grundstück durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung und übernimmt C die bestehenbleibende Hypothek gemäß § 53 Abs 1 ZVG, genehmigt aber B die Übernahme nicht, so daß A persönlicher Schuldner bleibt, ihm jedoch ein Anspruch auf Befriedigung des B als des Gläubigers gegen C zusteht, und, wenn er den B befriedigen würde, gegen C einen Ersatzanspruch erlangen würde (s. § 1164 A 3), und führt darauf B, der in erneuter Zwangsversteigerung dieses Grundstück durch Zuschlag erwirbt, die Löschung der Hypothek auf diesem Grundstück herbei, so wird A frei, weil er nach § 1164 wegen seines im Falle der Befriedigung des Gläubigers B ihm zustehenden Ersatzanspruchs gegen C als den Rechtsvorgänger des gegenwärtigen Eigentümers B (s. § 1164 A 3 a. E.) Befriedigung aus der auf ihn übergehenden Hypothek an diesem Grundstück hätte erlangen können (**RG** 89, 77). — Bezüglich der Anwendbarkeit des § 1165 auf Hypotheken des früheren Rechtes vgl. **RG** 53, 378. Auf Grundschulden ist § 1165 unanwendbar (vgl. § 1192 A 1).

2. Der Gläubiger ist an Vornahme der in A 1 bezeichneten Verfügungen, die der Einwilligung des persönlichen Schuldners nicht bedürfen, an sich rechtlich nicht behindert. Aber **der persönliche Schuldner wird insoweit frei,** als er im Sinne des Schlußhalbsatzes durch die Verfügungen benachteiligt wird. Unter „Freiwerden" des Schuldners ist nach dem Sprachgebrauche des BGB (vgl. § 1181 Abs 2) Erlöschen der Schuld kraft Gesetzes zu verstehen. In dem Augenblick also, in dem die dem Schuldner nachteilige Verfügung (z. B. Entlassung eines Trennstücks aus der Pfandhaft, Gewährung des Vorrangs für eine andere Hypothek) getroffen wird, tritt Erlöschen der Schuld ein (s. **RG** 89, 77 in A 1). Nicht etwa steht dem Schuldner, wie im Falle des § 1166, nur das Recht zu, wegen der nachteiligen Verfügung die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern und gegenüber der Schuldklage eine entsprechende Einrede zu erheben (str.; vgl. **RG** 58, 427). Da aber der Schuldner nur „insoweit" frei wird, als er benachteiligt ist, so muß er allerdings gegenüber der Schuldklage Art und Umfang der Benachteiligung beweisen. Das Erlöschen der Forderung würde freilich, im Falle der Rangverschlechterung, wobei die Hypothek bestehen bleibt, den Übergang der Hypothek (in Höhe der Benachteiligung des Schuldners) als Grundschuld auf den Eigentümer zur Folge haben, wenn § 1163 Abs 1 Satz 2 zur Anwendung zu bringen wäre. Jedoch ist aus der nach § 880 Abs 2 Satz 2 zu der Rangänderung erforderlichen Zustimmung des Eigentümers zu folgern, daß die Hypothek dem Gläubiger verbleibt, und zwar als Grundschuld (str.). — Der Schuldner kann sich auf § 1165 nicht nur dann berufen, wenn er während Bestehens der Hypothek, sondern auch, wenn er, wie meistens, erst nach Ausfall der Hypothek in der Zwangsversteigerung vom Gläubiger mit der Schuldklage in Anspruch genommen wird; denn seine Schuld war eben schon im Augenblick der Verfügung in Höhe seiner Benachteiligung erloschen (vgl. **RG** 58, 427). Übrigens kommt dies nur für den Fall der Rangverschlechterung in Betracht, da im Falle des Verzichts der Eigentümer gemäß §§ 1168, 1177 die Hypothek als Grundschuld erwirbt und im Falle der Aufhebung die Hypothek überhaupt erlischt. — Eine Einwilligung des Schuldners in die Verfügung wird unter Umständen als ein vertragsmäßiges Anerkenntnis des Fortbestehens des Schuldverhältnisses trotz der Verfügung aufgefaßt werden können (str.). Sie kann daher gegebenenfalls ebenso wie eine Zahlung des Schuldners an den Gläubiger nach

Maßgabe des § 812 Abs 1, 2 (sofern nicht § 814 entgegensteht), zurückgefordert werden, wenn sich die Benachteiligung durch die Verfügung demnächst herausstellt. Auch ist eine Vereinbarung, wodurch die Geltung des § 1165 im voraus ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, zulässig, weil § 1165 nur schuldrechtliche Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner betrifft.

3. Voraussetzung für das Erlöschen der Schuld (s. A 2) infolge des Verzichts, der Aufhebung, der Rangverschlechterung (s. A 1) ist, daß **der persönliche Schuldner ohne diese Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können,** daß er also im Falle der Befriedigung des Gläubigers eine Ersatzforderung gegen den Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger gehabt und aus der demzufolge auf ihn in dem ursprünglichen Rechtszustande übergegangenen Hypothek (s. § 1164 A 2, 3), d. i. mit der dinglichen Klage aus dem Grundstück (§ 1147), Befriedigung wegen seiner Ersatzforderung hätte erzielen können (RG 53, 381 sowie RG 89, 77 in A 1). Hätte ihm die Hypothek auch schon vor der Verfügung (z. B. vor der Rangverschlechterung) keine Befriedigung aus dem (etwa geringwertigen) Grundstück gewährt, so bewirkt die Verfügung nicht Erlöschen der Forderung. Anderseits bleibt die Möglichkeit der Befriedigung aus dem sonstigen Vermögen des Eigentümers (im Wege der Schuldklage wegen der Ersatzforderung) außer Betracht.

§ 1166

Ist der persönliche Schuldner berechtigt, von dem Eigentümer Ersatz zu verlangen, falls er den Gläubiger befriedigt[1]), so kann er, wenn der Gläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt[2]), ohne ihn unverzüglich zu benachrichtigen[3]), die Befriedigung des Gläubigers wegen eines Ausfalls bei der Zwangsversteigerung insoweit verweigern[4]), als er infolge der Unterlassung der Benachrichtigung einen Schaden erleidet[5]). Die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist[6]).

E II 1073; P 3 611 ff., 688, 4, 512.

1. Im engen Zusammenhange mit §§ 1164 u. 1165 gewährt § 1166 einen Schutz dem von dem Eigentümer verschiedenen **persönlichen Schuldner, der im Falle der Befriedigung des Gläubigers von dem Eigentümer Ersatz zu verlangen berechtigt ist** (vgl. hierüber § 1164 A 3). Könnte der persönliche Schuldner nicht Ersatz verlangen, so steht ihm der Schutz nicht zur Seite, da er kein Recht darauf hat, daß er aus dem Grundstück von seiner Schuld befreit wird (Prot 3, 613). Aber auch auf andere Fälle der persönlichen Haftung für eine Hypothekenforderung, insbesondere auf das Verhältnis des Gläubigers zu einem Bürgen (s. § 1164 A 2), ist diese Sonderbestimmung nicht anwendbar (RG 65, 138; Warn 1912 Nr 82; auch JW 07, 30[32]; OLG 34, 77). Jedoch kann hier im Einzelfall aus dem besonderen Inhalt des Schuldverhältnisses oder aus den geschäftlichen Beziehungen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 157) die vertragsmäßige Festsetzung der Verpflichtung zu einer dem § 1166 entsprechenden Benachrichtigung sich ergeben (vgl. RG 65, 140). Dies gilt auch für das Verhältnis des Erwerbers einer Hypothek zu demjenigen, der die Hypothek unter Übernahme der Gewähr für ihre Güte übertragen hat. Läßt der Gläubiger in derartigen Fällen den persönlich Haftenden geflissentlich über sein Betreiben der Zwangsversteigerung in Unkenntnis, um das Grundstück billig zu erstehen und dann wegen des Ausfalls sich an den persönlich Haftenden zu wenden, so kann auch ein Schadensersatzanspruch nach § 826 gegeben sein (vgl. RG 65, 142). — § 1166 gewährt nach seinem Wortlaute nur dem persönlichen Schuldner Schutz, der gegen den „Eigentümer" einen Ersatzanspruch hat, während § 1164 auch den persönlichen Schuldner miteinbegreift, dem ein Ersatzanspruch gegen „einen Rechtsvorgänger des Eigentümers" zusteht. Da aber § 1166 und § 1164 in engem Zusammenhange stehen und beide Vorschriften den gleichen Zweck verfolgen, den nur persönlich verpflichteten Schuldner, dem anderseits ein Ersatzanspruch gegen den dinglich Verpflichteten zusteht, mit Rücksicht hierauf dagegen zu schützen, daß er durch seine Inanspruchnahme seitens des Gläubigers eine Vermögenseinbuße erleide, ist auch für die Anwendung des § 1166 dem Bestehen eines Ersatzanspruchs gegen den Eigentümer das Bestehen eines Ersatzanspruchs gegen einen Rechtsvorgänger des Eigentümers, also gegen einen früheren Eigentümer (vgl. § 1164 A 3), gleichzustellen, zumal die 2. Kommission, auf deren Beschlüssen die Vorschrift beruht (Prot 3, 613), durch die Bestimmung des Ersatzanspruchs als Erfordernis nur bezweckte, den Fall auszuscheiden, daß der persönliche Schuldner auch dem Eigentümer gegenüber zur Tragung der Schuld verbunden wäre (RG Gruch 61, 136). Hieraus ist in RG Gruch 61, 135 (JW 1916, 1409[2]; Warn 1916 Nr 227) gefolgert, daß, wenn der gegenwärtige Eigentümer das Grundstück von einer offenen Handelsgesellschaft, die persönliche Schuldnerin einer Restkaufgeldhypothek war, unter Übernahme der Hypothek erworben hat, dem aus der

Gesellschaft ausgeschiedenen, aber nach §§ 128, 159 HGB für die persönliche Schuld noch mithaftenden Gesellschafter im Falle der Befriedigung des Hypothekengläubigers ein Ersatzanspruch gegen einen Rechtsvorgänger des Eigentümers deswegen zustehen würde, weil er nach § 738 Abs 1 BGB, § 105 Abs 2 HGB Ersatz seiner Aufwendung von der Gesellschaft verlangen könnte und die Gesellschaft Rechtsvorgängerin des Eigentümers sei. Dieser Ersatzanspruch ist jedoch nicht ein solcher im Sinne des § 1166, da er auf dem Gesellschaftsverhältnis beruht, nicht auf Rechtsbeziehungen zwischen dem schuldrechtlich Verpflichteten und der Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als früherer Grundstückseigentümerin. Vielmehr verhält es sich hier nicht anders, als wenn Mehrere Gesamtschuldner der Hypothekenforderung sind und einer von ihnen die dem Eigentümer (hier nach § 415 Abs 3) obliegende Verpflichtung, den Hypothekengläubiger zu befriedigen, an Stelle des Eigentümers erfüllt. Sofern der den Hypothekengläubiger befriedigende Gesamtschuldner nicht aus dem Verpflichtungsverhältnis des Eigentümers gegenüber den Gesamtschuldnern für sich allein (vgl. §§ 420, 428) einen vertraglichen Anspruch auf Ersatz des Geleisteten gegen den Eigentümer hat, steht ihm doch jedenfalls gegen diesen wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812) ein Ersatzanspruch zu. Es ergibt sich danach von diesem rechtlichen Gesichtspunkt obige Entscheidung als gerechtfertigt. — § 1166 findet auf alle Hypothekenarten Anwendung. Auch auf Hypotheken früheren Rechtes (OLG 8, 114). Nicht auf Grundschulden (§ 1192 A 1).

2. Nur **wenn der Gläubiger selbst die Zwangsversteigerung betreibt,** liegt ihm die Benachrichtigungspflicht ob. Von der Zwangsversteigerung, die ein anderer betreibt, brauchen die Hypothekengläubiger ihre persönlichen Schuldner nicht zu benachrichtigen (Prot 3, 612; **RG** 65, 138; JW 02 Beil 222[76]; OLG 29, 369). Jedoch ist der einem bereits eingeleiteten Verfahren beitretende Gläubiger einem betreibenden Gläubiger gleichzustellen (§ 27 ZVG; OLG 8, 145; 29, 369).

3. Der Gläubiger hat den persönlichen Schuldner **unverzüglich zu benachrichtigen,** d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs 1 Satz 1), sobald (OLG 12, 136) auf seinen Antrag die Zwangsversteigerung eingeleitet oder sein Beitritt zum Verfahren zugelassen ist (A 2). Dem Schuldner soll dadurch Gelegenheit gegeben werden, durch eigenes Mitbieten oder Herbeischaffung anderer Bieter den Ausfall der Hypothek des Gläubigers zu verhindern (Prot 3, 612; OLG 26, 159). Die Benachrichtigung muß der Einleitung der Zwangsversteigerung nachfolgen und die Mitteilung enthalten, daß die Zwangsversteigerung eingeleitet sei; eine vorhergehende Benachrichtigung, daß der Gläubiger (z. B. wegen Nichtzahlung der Hypothekenzinsen) beabsichtige, die Zwangsversteigerung zu betreiben, genügt nicht (OLG 26, 159). Von dem weiteren Verfahren aber, insbesondere von der Anberaumung des Versteigerungstermins, muß sich der Schuldner auf Grund der Benachrichtigung selbst Kenntnis verschaffen. — Wegen der Schadensersatzpflicht eines vom Gläubiger bevollmächtigten Rechtsanwalts, der die Benachrichtigung des Schuldners unterlassen hat, vgl. **RG** JW 09, 496[19]. — Sind Mehrere Gesamtschuldner der Hypothekenforderung, so muß der Gläubiger, wenn er seinen Anspruch gegen alle Gesamtschuldner sich ungeschwächt erhalten will, einen jeden für sich über das Versteigerungsverfahren unterrichten (vgl. § 425, **RG** Gruch 61, 138 [JW 1916, 1409[3]; Warn 1916 Nr 227]; auch A 1).

4. Infolge Unterlassung der Benachrichtigung erlischt nicht die Schuld kraft Gesetzes, wie im Falle des § 1165 (s. dort A 2), sondern **der Schuldner kann die Befriedigung des Gläubigers wegen des Ausfalls verweigern.** Es steht also dem Schuldner eine Einrede auf Abzug des Schadensbetrags von der an sich bestehenden Forderung gegenüber der Schuldklage des Gläubigers zu. — Hat der Schuldner noch rechtzeitig vor dem Versteigerungstermin anderweit (z. B. weil er selbst Hypothekengläubiger war) Kenntnis von dem Verfahren erlangt, so kann er den Einwand nicht erheben, weil sein Schaden dann nicht in ursächlichem Zusammenhange mit der Unterlassung der Benachrichtigung seitens des Gläubigers steht (Prot 3, 613; **RG** 54, 372; Warn 1911 Nr 273; Gruch 61, 137). — Auf das Recht, das § 1166 ihm gewährt, kann er im voraus verzichten. Da jedoch ein solcher Verzicht lediglich das persönliche Schuldverhältnis betrifft, ist er nicht eintragungsfähig (str.).

5. Der Schuldner muß gegenüber der Schuldklage beweisen, daß und zu welchem Betrage er **infolge der Unterlassung einen Schaden erlitten hat,** da er nur, soweit dies der Fall ist, die Befriedigung des Gläubigers verweigern kann (vgl. **RG** Gruch 61, 139). Er hat also darzutun, daß er, wenn ihn der Gläubiger von der Zwangsversteigerung rechtzeitig (s. A 3) benachrichtigt hätte, in der Lage gewesen wäre, selbst oder durch andere die Hypothekenforderung auszubieten und hierdurch den Ausfall des Gläubigers zu verhindern (**RG** 54, 374). Ferner muß er im Bestreitungsfalle nachweisen, daß ihm im Falle der Befriedigung des Gläubigers eine Ersatzforderung gegen den Eigentümer zustände (s. A 1). Behauptet der Gläubiger, daß er den Schuldner unverzüglich benachrichtigt habe, so muß er dies beweisen, da aus § 1166 sich ergibt, daß ihm, wenn er die Zwangsversteigerung selbst betreibt, die gesetzliche Verpflichtung zur Benachrichtigung obliegt, und daher die Erfüllung dieser Verpflichtung zur Rechtfertigung der Ausfallklage erforderlich ist (str.; **RG** 54, 373). — Ent-

spricht der Versteigerungspreis dem wirklichen Wert des Grundstücks, so wird ein Schaden des Schuldners nicht nachweisbar sein. Hat der Gläubiger das Grundstück selbst ersteigert, so braucht er sich nicht etwa den Betrag, um den der Wert des Grundstücks den Versteigerungspreis übersteigt, abrechnen zu lassen, da er einen Schadensersatzanspruch, bei dem eine Ausgleichung mit dem erlangten Vorteil stattzufinden hätte, nicht geltend macht, sondern eine Forderung auf Grund des ursprünglichen Schuldverhältnisses (vgl. RG 65, 57). Über den Fall, daß der Gläubiger nur einen Teil seiner Ausfallforderung geltend macht, vgl. RG 54, 374ff.

6. Da nur dann **die Benachrichtigung unterbleiben darf, wenn sie untunlich ist,** muß der Gläubiger, der die Benachrichtigung unterlassen hat, die Untunlichkeit (z. B. wegen Unbekanntheit des Aufenthaltsorts des Schuldners) beweisen, wenn er sich darauf beruft. Ist der Schuldner von seinem früheren Wohnort verzogen und kommt ein an ihn gerichtetes Benachrichtigungsschreiben als unbestellbar von der Post zurück, so braucht der Gläubiger nicht Nachforschungen nach dem Verbleibe des Schuldners anzustellen, die (nochmalige) Benachrichtigung hat dann als untunlich zu gelten (OLG 31, 352).

§ 1167

Erwirbt der persönliche Schuldner, falls er den Gläubiger befriedigt, die Hypothek[1]) oder hat er im Falle der Befriedigung ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs[2]), so stehen ihm die in den §§ 1144, 1145 bestimmten Rechte zu[3]).

E I 1096, 1119 II 1074; M 3 731, 758; P 3 610, 665.

1. Der von dem Eigentümer verschiedene **persönliche Schuldner erwirbt im Falle der Befriedigung des Gläubigers die Hypothek:** wenn er von dem Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann (§ 1164 A 2, 3); wenn die Forderung mit der Hypothek, wie z. B. in den Fällen der Gesamtschuld, der Bürgschaft (s. § 1164 A 2), auf ihn übergeht; im Falle der Gesamthypothek, wenn er von dem Eigentümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann (§ 1174).

2. Der vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner hat im Falle der Befriedigung des Gläubigers **ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuchs** z. B.: wenn durch die Hypothekbestellung für seine Schuld Sicherheit vom Eigentümer geleistet worden ist; wenn er beim Verkauf des Grundstücks sich dem Erwerber gegenüber zur Freistellung des Grundstücks von der Hypothek verpflichtet hat.

3. In den in A 1, 2 bezeichneten Fällen kann der persönliche Schuldner vom Gläubiger nicht nur, wie sonst, Quittung über die Zahlung (§ 368) und Rückgabe des Schuldscheins (§ 371) sowie in den Fällen des Hypothekübergangs kraft Gesetzes Anerkennung dieses Übergangs in urkundlicher Form (§§ 410, 412) verlangen, sondern **ihm stehen** auch (zufolge des seine Rechte in diesen Fällen erweiternden § 1167) **die in den §§ 1144, 1145 bezeichneten Rechte zu,** also die Rechte, die durch diese Vorschriften dem den Gläubiger befriedigenden Eigentümer gegeben sind. Vgl. hierüber §§ 1144 A 1 ff. und §§ 1145 A 1ff. Hervorzuheben ist hier, daß der Schuldner bei der Briefhypothek vom Gläubiger, wenn er diesen vollständig befriedigt, Aushändigung des Briefes (§ 1144), und im Falle teilweiser Befriedigung Vorlegung des Briefes zu den im § 1145 bezeichneten Zwecken (Grundbuchberichtigung, Löschung, Teilhypothekenbrief) verlangen kann (§ 1145). Will er in den Fällen der A 1 die Hypothek auf seinen Namen umschreiben lassen, so muß ihm der Gläubiger ein Befriedigungsbekenntnis in der Form des § 29 GBO ausstellen (§ 1144). Wegen des weiter erforderlichen Nachweises des Bestehens einer Ersatzforderung, worüber der Gläubiger keine Auskunft geben und daher auch keine bestätigende Urkunde ausstellen kann, vgl. § 1164 A 2. Soll in den Fällen der A 2 die Hypothek gelöscht werden, so genügt eine vom Gläubiger in der Form des § 29 GBO ausgestellte Löschungsbewilligung. Jedoch bedarf es zur Löschung gemäß § 27 GBO der Zustimmung des Eigentümers. — Die Vorschrift des § 1167 gilt für alle Hypothekenarten. Nicht aber für Grundschulden (§ 1192 A 1).

§ 1168

Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek[1]), so erwirbt sie der Eigentümer[2]).

Der Verzicht ist dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber zu erklären[3]) und bedarf der Eintragung in das Grundbuch[4]). Die Vorschriften des § 875 Abs 2 und der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung[5]).

Verzichtet der Gläubiger für einen Teil der Forderung auf die Hypothek, so stehen dem Eigentümer die im § 1145 bestimmten Rechte zu[6]).

E I 1091 II 1075; M 3 719; P 3 602.

1. Nach § 875 ist zur Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück die Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe, und die Löschung des Rechtes im Grundbuch erforderlich. Dabei ist es gleichbedeutend, ob der Berechtigte erklärt, er gebe das Recht auf oder er verzichte auf das Recht (Prot 3, 70; 3, 616). Bei der Hypothek aber ist zu unterscheiden zwischen **Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek** und Aufhebung der Hypothek (vgl. RG 78, 69). Ein Verzicht liegt nach § 1168 Abs 2 Satz 1 vor, wenn der Gläubiger eine gewisse Erklärung hinsichtlich des hypothekarischen Rechtes in der Form des Abs 2 Halbs 1 abgegeben hat und der Inhalt dieser Erklärung in das Grundbuch eingetragen ist. Die Aufhebung der Hypothek dagegen ist nach §§ 875, 1183 zustande gekommen, wenn der Gläubiger eine gewisse Erklärung hinsichtlich der Hypothek in der Form des § 875 Satz 2 abgegeben, der Eigentümer seine Zustimmung zur Aufhebung erklärt hat und die Hypothek im Grundbuche gelöscht ist. Der Verzicht hat nicht die Wirkung, daß das hypothekarische Recht erlischt, sondern bewirkt nur, daß der Verzichtende seines Gläubigerrechts verlustig geht und das hypothekarische Recht vom Eigentümer erworben wird (Prot 3, 602; RG 78, 69). Deshalb wird die Erklärung des Verzichtenden etwa dahin zu lauten haben: „Ich verzichte auf die mir an der Hypothek zustehenden Rechte", und wird demgemäß in das Grundbuch einzutragen sein: „Der Gläubiger hat auf die ihm an der Hypothek zustehenden Rechte verzichtet." Will der Gläubiger dagegen die Hypothek zur Aufhebung bringen, so wird er, ohne Beziehung auf seine persönliche Berechtigung, gemäß § 875 etwa zu erklären haben: „Die Hypothek wird aufgegeben." In beiden Fällen sind die Erklärungen einseitige. Auch im Falle der Aufhebung ist aus dem weiteren Erfordernis der Zustimmung des Eigentümers nicht zu folgern, daß ein dinglicher Vertrag zwischen Gläubiger und Eigentümer notwendig ist; vielmehr ist die Zustimmung auch eine einseitige Erklärung (Prot 3, 615). Nur der Inhalt der Verzichtserklärung und der der Aufhebungserklärung müssen voneinander verschieden sein und etwa in der vorbezeichneten Weise ergeben, daß der Wille des Verzichtenden nur auf Beseitigung seines hypothekarischen Gläubigerrechts, der Wille des Aufhebenden (z. B. bei Entpfändung eines Grundstücksteils) auf Beseitigung des Hypothekarrechts überhaupt gerichtet ist (vgl. RJA 3, 35; 11, 155; KGJ 25 A S. 275, 316; OLG 15, 380; s. § 875 A 3). Eine Löschungsbewilligung z. B. ist keine Verzichtserklärung. Ob darin sachlich eine Aufhebungserklärung zu erblicken ist, wird nach Lage des Einzelfalls unter Berücksichtigung der zugrunde liegenden Rechtsvorgänge zu entscheiden sein. Formellrechtlich (§ 19 GBO) rechtfertigt sie jedenfalls den Antrag auf Löschung der Hypothek (wenn der Eigentümer zustimmt, § 27 GBO); nicht aber den Antrag auf Eintragung eines Verzichts (KGJ 32 A 260; 38 A 275; RJA 8, 41; 10, 242). Dies gilt auch von einem Urteil, durch das der Hypothekengläubiger zufolge Anfechtung des Konkursverwalters (§§ 29 ff. KO) zur Bewilligung der Löschung der für ihn vom Gemeinschuldner bestellten Hypothek (gemäß § 894 ZPO) verurteilt worden ist (KGJ 39 A 226). — Der Verzicht hat auch nicht zur Folge, daß die persönliche Forderung erlischt. Vielmehr bleibt diese für den Verzichtenden bestehen (RG Warn 1911 Nr 191; RJA 3, 36), sofern er sie nicht durch (einer Form nicht bedürfenden) Vertrag mit dem persönlichen Schuldner gemäß § 397 erläßt. Im letzteren Falle wird übrigens die Hypothek nach §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 ebenfalls zur Eigentümergrundschuld, es sei denn, daß der Schuldner zufolge der Befriedigung des Gläubigers durch den Erlaß eine Ersatzforderung gegen den Eigentümer erlangt und daher § 1164 Platz greift (s. § 1164 A 1). — § 1168 findet auf alle Hypothekenarten Anwendung, auch auf Sicherungshypotheken. Eine Ausnahmebestimmung gibt § 1178 Abs 2 hinsichtlich der Hypothek für Rückstände an Zinsen usw. und für Kosten. Über Unanwendbarkeit des § 1168 auf Hypothekvormerkungen vgl. § 883 A 8. Über Verzicht auf eine Grundschuld vgl. § 1192 A 1 Abs 2, 3. — Ist die Hypothek gemäß §§ 52, 91 ZVG (wenn sie nicht in das geringste Gebot fällt) durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung erloschen, so kann ein Verzicht nach § 1168 nicht mehr in Frage kommen, ebensowenig eine Aufhebung nach §§ 875, 1183, weil die Hypothek zwar auch nach dem Zuschlag bis zur Berichtigung des Grundbuchs auf Grund Ersuchens des Vollstreckungsgerichts (§ 130 ZVG) im Grundbuch eingetragen bleibt, sie aber als dingliches Recht an dem zwangsversteigerten Grundstück nicht mehr besteht. An ihre Stelle ist das Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse getreten (RG 55, 264; 63, 216; 69, 251; 71, 412; 76, 377). Streitig ist, ob dieses Recht auf den Vollstreckungsschuldner übergeht, wenn der Gläubiger nach dem Zuschlag, insbesondere im Verteilungstermin, auf Geltendmachung des Rechtes verzichtet. Dies ist zu verneinen. Das Hypothekenrecht ist nicht minder beseitigt, wie wenn es rechtsgeschäftlich aufgehoben und im Grundbuche gelöscht wäre; auch ist der Vollstreckungsschuldner nicht mehr Eigentümer des Grundstücks (§ 90 ZVG), so daß eine Eintragung des Verzichts auf sein Grundstück nicht stattfinden kann, und der Ersteher ist zwar Eigentümer, aber sein Grundstück ist mit dem Hypothekenrechte nicht belastet. Auch die

Vertreter der gegenteiligen Meinung wollen jene Grundsätze nur entsprechend zur Anwendung gebracht wissen, weil das Hypothekenrecht nach dem Erlöschen sich an dem Versteigerungserlöse fortsetze und dieser dem Vollstreckungsschuldner gehöre. Letzteres ist allerdings richtig. Nach dem aus den §§ 10, 37 Nr 5, 92, 109, 110, 118, 128 ZVG sich ergebenden Grundsatze, daß der Versteigerungserlös an die Stelle des Grundstücks tritt, ergreift das Ersatzrecht im Verhältnisse zu anderen Rechten am Grundstück, namentlich hinsichtlich des Ranges, den Versteigerungserlös in denselben Grenzen der Befugnisse und Beschränkungen, wie sie für die Hypothek aus dem Stande der Grundstücksbelastungen folgten (RG 55, 264; 69, 251; 71, 413; 76, 377; JW 08, 555[16]; RJA 12, 275). Aber ein Hypothekenrecht und überhaupt ein Recht am Grundstück ist das Ersatzrecht nicht, da es nicht an einem Grundstück, sondern an der Forderung des Vollstreckungsschuldners gegen den Ersteher auf Zahlung des baren Versteigerungserlöses besteht (RG 55, 264; 63, 216; 69, 251; 76, 377). Wollte man das Ersatzrecht als ein Hypothekenrecht ansehen, so müßte man folgerichtig auch den Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse, der nach § 92 ZVG an die Stelle eines nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichteten, durch den Zuschlag erlöschenden Rechtes tritt, als ein Recht an einem Grundstück, mithin z. B. den an die Stelle einer Grunddienstbarkeit tretenden Wertersatzanspruch als Grunddienstbarkeit erachten; dies würde aber mit der rechtlichen Natur dieser dinglichen Rechte an Grundstücken unvereinbar sein (RG 76, 377). Zur Aufhebung der anderen dinglichen Rechte, wie z. B. auch Nießbrauch, Reallast, vor dem Zuschlag genügt nach § 875 die Aufgabeerklärung oder die Verzichtserklärung des Berechtigten. Die Zustimmung des Eigentümers ist nicht erforderlich. Auch findet ein Übergang des Rechtes auf den Eigentümer nicht statt. Es muß daher auch nach dem Zuschlag zur Aufhebung des an die Stelle der dinglichen Rechte tretenden Rechtes auf Wertersatz aus dem Versteigerungserlöse die einseitige Erklärung des Berechtigten, daß er das Ersatzrecht aufgebe oder daß er darauf verzichte, genügen. Weshalb aber hinsichtlich des an die Stelle des dinglichen Hypothekenrechts tretenden Ersatzrechts anderes gelten soll, ist nicht einzusehen. Meint der Hypothekengläubiger, dem bisherigen Eigentümer (Vollstreckungsschuldner) das Ersatzrecht zuweisen zu sollen, so ist nicht der für die hypothekarischen Rechte eigentümliche Verzicht mit der Wirkung des Übergangs auf den Eigentümer, sondern die Übertragung gemäß § 413 der gegebene Weg. Das Gesetz hätte darüber Bestimmung treffen müssen, wenn bezüglich des Übergangs auf den bisherigen Eigentümer zufolge Verzichts für das Recht auf den Versteigerungserlös Ähnliches gelten sollte wie für das Hypothekenrecht, insbesondere auch hinsichtlich der Formvorschrift des § 1168 Abs 2. Erklärt der Gläubiger, daß er auf das Ersatzrecht verzichte oder daß er auf den Versteigerungserlös keinen Anspruch erhebe, so ist darin eine Aufhebungserklärung in gewöhnlichem Sinne zu erblicken. Fraglich kann nur sein, ob auf diese Aufhebung § 1183 entsprechend anzuwenden und also zur Wirksamkeit der Aufhebungserklärung die Zustimmung des bisherigen Eigentümers zu erfordern ist. Auch dies ist zu verneinen, weil § 1183 auch eine der Hypothek eigentümliche Bestimmung ist, die darauf beruht, daß dem Eigentümer die Möglichkeit erhalten bleiben soll, die Hypothek zu erwerben und über sie zu verfügen (s. § 1183 A 1), und hiervon nicht mehr die Rede sein kann, nachdem der Vollstreckungsschuldner seines Eigentums verlustig gegangen und die Hypothek durch den Zuschlag erloschen ist. Wenn man mit der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Hypothek beginnt, ist eine Grenze nicht zu finden. Z. B. müßten dann für das Ersatzrecht auch entsprechend gelten § 1153 (Untrennbarkeit der Hypothek von der Forderung), die Vorschriften über die Übertragung, die Pfändung der Hypothek (s. dagegen § 1154 A 1), der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 (s. dagegen RG 76, 377). Zuzugeben ist allerdings, daß, wenn der persönliche Schuldner nach dem Zuschlag den Gläubiger befriedigt und ihm ein Ersatzanspruch gegen den bisherigen Eigentümer zusteht, das an die Stelle der Hypothek getretene Ersatzrecht gemäß § 1164 auf ihn übergeht. Dies ist aber aus dem Grundsatze zu folgern, daß, soweit es sich um ein Recht oder eine Anwartschaft auf Erwerb der Hypothek kraft Gesetzes oder um Wahrung sonstiger Rechte Dritter (z. B. auch Verfügungsbeschränkungen, vgl. §§ 2113, 2114) handelt, nach dem Zuschlag an die Stelle der Hypothek das Ersatzrecht tritt (vgl. RG 75, 316). Von diesem Gesichtspunkt des Bestehens einer Anwartschaft aus ist auch, wenn der Hypothekengläubiger nach dem Zuschlag aus dem Vermögen des Eigentümers (z. B. aus anderen Sicherheiten, die ihm gegeben worden sind) Befriedigung erlangt, der Ansicht beizustimmen, daß entsprechend dem § 1163 Abs 1 Satz 2 das an die Stelle der erloschenen Hypothek getretene Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös auf den Eigentümer übergeht (RG 88, 304). Näher läge im übrigen die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Pfandrecht an einer Forderung (hier der Forderung des Vollstreckungsschuldners gegen den Ersteher), und nach § 1255 genügt zur Aufhebung des Pfandrechts die Erklärung des Pfandgläubigers, daß er das Pfandrecht aufgebe. Erklärt daher der Gläubiger, daß er auf den Versteigerungserlös keinen Anspruch erhebe oder daß er darauf verzichte, so wird der Erlös von seinem Rechte frei, so daß der betreffende Erlösteil den nachstehenden Berechtigten zufällt. Zum Verzicht, der die persönliche Forderung unberührt läßt, bedarf es nicht eines Erlaßvertrags nach § 397, vielmehr genügt, da es sich um ein Recht auf ding-

licher Grundlage handelt, eine formlose einseitige Erklärung gegenüber dem Vollstreckungsschuldner (nicht gegenüber dem persönlichen Schuldner der Forderung) oder gegenüber dem Vollstreckungsgericht, das bei der Verteilung des Erlöses jenen vertritt (vgl. RG 55, 260; 60, 253; Gruch 54, 1027; vgl. auch RG 64, 194; 71, 412; zweifelnd RG 88, 305; a. M. Strohal in IheringsJ 59, 176 ff; Mayer, Die Pfändung von Eigentümerhypotheken, S. 102 ff.). Über Verzicht auf das an die Stelle einer Grundschuld tretende Recht auf den Versteigerungserlös vgl. § 1192 A 1 Abs 3. — Wird die persönliche Schuld gemäß §§ 414, 415 von einem anderen übernommen, so daß der bisherige Schuldner frei wird, so tritt nach § 418 Abs 1 Satz 2, 3 die gleiche Wirkung ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (der Eigentümer erwirbt also die Hypothek), es sei denn, daß der (vom Schuldner verschiedene) Eigentümer (wie z. B. in dem regelmäßigen Falle der Schuldübernahme durch den Erwerber nach § 416) in die Schuldübernahme einwilligt (hier behält der Gläubiger die Hypothek).

2. **Der Eigentümer erwirbt die Hypothek** kraft Gesetzes, ohne daß es seiner Eintragung als Gläubiger bedarf, in dem Augenblick, in dem der Verzicht (durch die Eintragung oder die etwa erst nachfolgende Verzichtserklärung, s. A 4) rechtswirksam vollzogen ist. Erwerber ist derjenige, der in diesem Zeitpunkte Eigentümer ist. Er erwirbt die Hypothek gemäß § 1177 Abs 1 als Grundschuld. Bleibt die persönliche Forderung in der Hand des Gläubigers bestehen (s. A 1), so wird hier die Forderung von dem hypothekarischen Rechte getrennt. — Für die Gesamthypothek gelten die Sonderbestimmungen des § 1175. — Hinsichtlich des Erfordernisses vorheriger Eintragung des Eigentümers als Inhabers der Grundschuld, wenn er über diese verfügen will, vgl. § 1163 A 3.

3. Für die **Verzichtserklärung dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber** gilt hinsichtlich der Form und des Zeitpunkts der Wirksamkeit das im § 875 A 7, 8 Bemerkte. Hinsichtlich des erforderlichen Inhalts der Erklärung jedoch s. A 1.

4. Während zur Aufhebung der Hypothek nach § 875 die Löschung erforderlich ist, **bedarf der Verzicht der Eintragung in das Grundbuch.** Über den Inhalt des Eintragungsvermerks s. A 1. Für die Stelle der Einschreibung sind gemäß § 1 GBO die landesrechtlichen Vorschriften maßgebend. In die für Löschungen bestimmte Stelle gehört der Verzicht nicht, da eine Löschung nicht erfolgt. Ist landesrechtlich eine Spalte für Veränderungen bestimmt, so ist in dieser die Einschreibung vorzunehmen. Jedoch ist eine Einschreibung an unrichtiger Stelle auf die Wirksamkeit des Verzichts ohne Einfluß (s. § 873 A 10). — Die Eintragung ist auch im Falle einer Briefhypothek erforderlich. Gemäß § 42 GBO ist dem Grundbuchamt der Brief vorzulegen (vgl. auch § 62 GBO). — Der Zustimmung des Eigentümers bedarf es auch nach formellem Rechte nicht, da er in seinem Eigentumsrechte nicht im Sinne des § 19 GBO betroffen wird (KGJ 25 A 317; OLG 6, 101; 10, 89; RJA 11, 155). — Hinsichtlich der vorherigen Eintragung des Gläubigers gelten die §§ 40 ff. GBO. Die Verzichtserklärung braucht der Eintragung nicht notwendig voranzugehen. Folgt sie dieser nach, so liegt ein wirksamer Verzicht erst im Zeitpunkte der nachträglichen Verzichtserklärung vor (s. hierüber § 873 A 7c, 10).

5. Aus der **entsprechenden Anwendung der §§ 875 Abs. 2, 876, 878** folgt: Vor der Eintragung des Verzichts ist der Gläubiger an seine Erklärung nur gebunden, wenn er den Verzicht dem Grundbuchamte gegenüber erklärt oder eine in der Form des § 29 GBO ausgestellte Urkunde über die Bewilligung der Eintragung des Verzichts dem Eigentümer ausgehändigt hat (§ 875 Abs 2; vgl. hierüber § 875 A 9, 10, 11). Ist die Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet, so bedarf es dessen Zustimmung zum Verzicht (§ 876). Die Verzichtserklärung wird nicht unwirksam durch Eintritt einer Verfügungsbeschränkung des Gläubigers in der Zeit zwischen bindender Abgabe der Erklärung und Stellung des Eintragungsantrags (§ 878).

6. **Verzichtet der Gläubiger für einen Teil der Forderung auf die Hypothek** in der Form des Abs 2, so erwirbt der Eigentümer nur diesen Teil als Grundschuld. Die Hypothek des Gläubigers für den anderen Forderungsteil hat nach § 1176 den Vorrang vor der Grundschuld. Ebenso wie im Falle des Verzichts auf die ganze Hypothek, kann der Eigentümer auf Grund der Verzichtseintragung und seiner Eigentumseintragung die Grundschuld auf seinen Namen umschreiben lassen. Bei der Briefhypothek wird der Eigentümer im Falle des völligen Verzichts Eigentümer des Briefes gemäß § 952, so daß er vom Gläubiger Herausgabe des Briefes verlangen kann, falls ihm dieser nicht schon nach der Verzichtseintragung ausgehändigt worden ist (§ 985; RG 69, 40). Im Falle des teilweisen Verzichts **stehen dem Eigentümer die im § 1145 bestimmten Rechte zu,** insbesondere auf Vorlegung des Briefes zum Zwecke der Umschreibung der Teilgrundschuld auf seinen Namen und zum Zwecke der Herstellung eines Teilgrundschuldbriefs. Dagegen kann er weder Aushändigung des Briefes noch Einräumung des Mitbesitzes verlangen (RG 69, 42).

§ 1169

Steht dem Eigentümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird[1]), so kann er verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet[2]).

E I 1093 II 1076; M 3 724 f.; P 3 601 f.

1. **Eine dem Eigentümer zustehende Einrede, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird,** ist z. B. die Einrede: der rechtskräftigen Abweisung des Gläubigers mit seiner Hypothekenforderung (s. § 1137 A 2); der Hypothekbestellung ohne rechtlichen Grund (vgl. § 821); aus § 812 Abs 2 (Bereicherungseinrede), daß für das selbständige Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781, worauf die Hypothekenforderung gegründet ist, der rechtliche Grund nicht vorhanden gewesen oder später weggefallen sei (RG 86, 305); der Erlangung der Hypothek durch unerlaubte Handlung (vgl. § 853); der vom Gläubiger übernommenen Verpflichtung, die Hypothek dauernd nicht geltend zu machen (vgl. RG 67, 390); des Bestehens eines Minderungsanspruchs wegen Mängel des gekauften Grundstücks (§ 462) gegenüber der durch Hypothek gesicherten Kaufpreisforderung (RG 71, 12; auch 74, 294; Gruch 58, 1041). Über sonstige dem Eigentümer zustehende Einreden vgl. die Bemerkungen zu §§ 1137, 1157. Zu diesen gehört auch (§ 1137 Abs 1) eine dem persönlichen Schuldner zustehende, die Geltendmachung der Hypothekenforderung dauernd ausschließende Einrede (RG JW 1916, 908[7]). Dagegen gehören nicht hierher diejenigen, die nur verzögerlicher Natur sind, wie die der Stundung, des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrags (s. § 202). Auch nicht Einreden, welche die Art der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück (z. B. daß der Gläubiger nach getroffener Abrede nur aus den Mietzinsen soll Befriedigung suchen, nicht selbst die Zwangsversteigerung des Grundstücks soll betreiben dürfen) betreffen (RG Gruch 58, 975). Ferner bezieht sich § 1169 nicht auf Einwendungen, die den Bestand des dinglichen Rechtes oder des Gläubigerrechts überhaupt verneinen, wie z. B. der Einwand der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit und erfolgten Anfechtung der Hypothekbestellung, der Aufrechnung mit einer Gegenforderung. In derartigen Fällen ist die Berichtigungsklage gemäß §§ 894ff. gegeben (vgl. RG 74, 214, wo die Einrede des Eigentümers wegen Freiwerdens von der dinglichen Haftung als unter § 1169 fallend erachtet ist). Weiter kommen nicht in Betracht die Einreden der Verjährung und der beschränkten Erbenhaftung, da sie nach §§ 902, 223 Abs 1, 1137 Abs 1 Satz 2 gegenüber dem dinglichen Anspruch überhaupt nicht geltend gemacht werden können. — Die Vorschrift gilt für alle Hypothekenarten, auch bei Sicherungshypotheken (vgl. RG 74, 215). Ferner gemäß § 1192 für die Grundschuld. So z. B. kann der die Grundschuld bestellende Eigentümer, wenn eine Grundschuld ohne rechtlichen Grund bestellt ist, weil sie zur Sicherung einer Forderung dienen sollte und die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, von dem Grundschuldgläubiger Verzicht auf die Grundschuld verlangen (vgl. RG 78, 67; Gruch 58, 1042), desgleichen, wenn der rechtliche Grund für die Grundschuldbestellung weggefallen ist, weil die Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld bestellt war, erloschen ist (vgl. RG 91, 225), und zwar gemäß § 1157 auch von dem dritten Erwerber der Grundschuld, wenn er beim Erwerbe bösgläubig gewesen ist (s. § 1157 A 2, 4, § 1191 A 1). Vgl. auch die ähnlichen Vorschriften der §§ 886, 1254 für die Vormerkung und das Pfandrecht.

2. **Der Eigentümer kann** mit der dinglichen Klage (§ 1004) auf Grund seines Eigentumsrechts **Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek verlangen** deswegen, weil die Hypothek nur noch formalen Bestand hat. In dem in A 1 erwähnten Falle des Bestehens eines Minderungsanspruchs gegenüber einer Kaufpreisresthypothek ist die Klage auf Herabsetzung der Hypothekeintragung selbst dann gegeben, wenn der Anspruch nach § 477 verjährt und nur die Einrede der Minderung durch Anzeige des Mangels gemäß § 478 gewahrt ist; denn § 1169 gewährt einen Anspruch und somit auch eine Klage auf Verzicht immer dann, wenn der Geltendmachung der Hypothek dauernd eine Einrede entgegengesetzt werden kann (RG 71, 14, auch 74, 294). — Statt des Verzichts kann auch Löschungsbewilligung verlangt werden; der Hypothekengläubiger wird dadurch nicht beschwert (RG 86, 305; 91, 226; Gruch 60, 508; JW 1916, 908[7]). Das rechtskräftige Urteil ersetzt gemäß § 894 ZPO die Verzichtserklärung. Wird der Verzicht in das Grundbuch eingetragen, so erwirbt der Eigentümer gemäß § 1168 die Hypothek als Grundschuld. Jedoch gegenüber einem gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerber der Hypothek versagt, wie die Einrede (§§ 892, 1138, 1156, 1157), so auch die Klage auf Verzicht; es sei denn, daß der Eigentümer vor dem Erwerbe einen Widerspruch (nicht Vormerkung, s. § 1157 A 3) wegen der Einrede hat eintragen lassen (vgl. hinsichtlich des Briefes bei der Briefhypothek § 42 Abs 1 GBO). — Der Anspruch auf Verzicht als solcher ist nicht eintragungsfähig, weil er, wenn die Einrede besteht, sich aus dem Gesetz von selbst ergibt (KGJ 33 A 260). Doch kann er durch Vormerkung gesichert werden (KGJ 33 A 259). Ferner ist die den Anspruch begründende Einrede gegen die Hypothek eintragungsfähig (KGJ 33 A 261; § 1157 A 3).

§ 1170

Ist der Gläubiger unbekannt[1]), so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens[2]) mit seinem Rechte ausgeschlossen werden[3]), wenn seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung in das Grundbuch zehn Jahre verstrichen sind[4]) und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigentümer in einer nach § 208 zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist[5]). Besteht für die Forderung eine nach dem Kalender bestimmte Zahlungszeit[6]), so beginnt die Frist nicht vor dem Ablaufe des Zahlungstags[4]).

Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erwirbt der Eigentümer die Hypothek[7]). Der dem Gläubiger erteilte Hypothekenbrief wird kraftlos[8]).

E I 1103, 1124 II 1077; M 3 738 ff., 763; P 3 617 ff., 666; 6 257.

1. § 1170 bestimmt die Voraussetzungen für das Aufgebot einer angeblich erloschenen Hypothek, deren **Gläubiger unbekannt ist,** so daß die zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen urkundlichen Erklärungen des Inhabers der Hypothek nicht beschafft werden können. Unbekannt ist der Gläubiger, wenn allgemeinhin (nicht nur dem Antragsteller, sondern z. B. auch bei Behörden, Berufsgenossen) unbekannt ist, welche Person letzter Gläubiger ist. Nicht genügt Unbekanntheit des Aufenthaltsorts des seiner Person nach bekannten Gläubigers. In diesem Falle kann der Eigentümer gegen den Gläubiger gemäß § 894 auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs klagen und gemäß §§ 203 ff. ZPO die öffentliche Zustellung der Klage erwirken. Fehlt dann im Falle einer Briefhypothek auch noch der Hypothekenbrief zur Berichtigung des Grundbuchs, so kann der Eigentümer gemäß § 1162 den Brief im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklären lassen. Dagegen steht der Unbekanntheit des Gläubigers der Fall gleich, daß der angebliche Gläubiger sein Recht nicht nachzuweisen vermag; denn mangels eines Nachweises ist die Gläubigerschaft eines solchen angeblichen Gläubigers unbekannt (RG 67, 99). — Die Vorschrift gilt für alle Hypothekenarten. Jedoch wird bei Buchhypotheken, einschließlich der Sicherungshypotheken (§ 1185 Abs 1), da hier zum Erwerbe der Hypothek die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch notwendig ist, die Unbekanntheit des Gläubigers hauptsächlich nur in den Fällen des Übergangs der Hypothek auf einen andern kraft Gesetzes in Frage kommen können. Hinsichtlich der Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber gibt § 1188 Abs 2 eine Sondervorschrift. Nach §§ 887, 1104, 1112, 1269 findet § 1170 auch auf Vormerkungen, Vorkaufsrechte, Reallasten und Pfandrechte an einem eingetragenen Schiffe Anwendung (vgl. ferner §§ 138, 140 ZVG).

2. Das **Aufgebotsverfahren** erfolgt gemäß §§ 946—959, 982—986 ZPO und der auf Grund des Vorbehalts im § 1024 ZPO (Veröffentlichung des Aufgebots, Aufgebotsfrist) etwa erlassenen landesgesetzlichen Vorschriften. Antragsberechtigt ist der Eigentümer (§ 984 Abs 1 ZPO); ferner auch ein im Range gleich- oder nachstehender Gläubiger, wenn für ihn eine Vormerkung nach § 1179 eingetragen ist (§ 984 Abs 2 ZPO). Bezüglich der Antragsberechtigung im Falle einer Gesamthypothek vgl. § 984 Abs 2 ZPO. Zuständig ist das Amtsgericht des belegenen Grundstücks (§ 983 ZPO).

3. Der Gläubiger wird **mit seinem dinglichen Rechte ausgeschlossen,** nicht auch mit seiner persönlichen Forderung. Die Ausschließung richtet sich aber gegen jedermann, der Rechte an der Hypothek geltend machen könnte, mithin auch gegen Inhaber von Rechten, die, wie ein Pfandrecht, ein Nießbrauch, die Hypothek belasten; denn solche Berechtigte sind, wenn auch in beschränktem Maße, „Gläubiger" der Hypothek (RJA 8, 233). Daher müssen derartige Berechtigte, auch wenn das Aufgebot etwa zu Unrecht erlassen ist, ihre Rechte gemäß § 953 ZPO anmelden, damit sie ihnen im Ausschlußurteil vorbehalten werden.

4. Erste Voraussetzung ist, daß **seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung zehn Jahre verstrichen sind.** Unter „Eintragung" ist eine jede Einschreibung zu verstehen, wodurch die Hypothek für sich allein betroffen wird. Daß die Einschreibung eine Rechtsausübung des Gläubigers zum Gegenstande hat, ist nach dem allgemein gehaltenen Wortlaute des Gesetzes nicht zu erfordern. Daher ist z. B. auch im Falle einer bei der Hypothek von Amts wegen vorgenommenen Eintragung die zehnjährige Frist (§§ 187, 188) von dieser ab zu rechnen (str.).

5. Zweite Voraussetzung ist, daß **das Recht des Gläubigers nicht** innerhalb der zehnjährigen Frist (s. A 4) **von dem Eigentümer nach § 208,** also durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise, **anerkannt ist.**

6. **Einer nach dem Kalender bestimmten Zahlungszeit** ist hier nicht, wie im § 284 Abs 2 hinsichtlich des Schuldnerverzugs, eine erst nach Kündigung eintretende Fälligkeitszeit gleich-

gestellt. Daher beginnt bei den auf Kündigung gestellten Hypothekenforderungen die zehnjährige Frist (s. A 4) stets mit der letzten Eintragung.

7. **Mit der Erlassung des Ausschlußurteils**, gegen das ein Rechtsmittel nicht stattfindet und nur die Anfechtungsklage gemäß §§ 957, 958 ZPO zulässig ist, **erwirbt der Eigentümer**, der zur Zeit der Verkündung des Urteils Eigentümer ist, auch wenn etwa ein früherer Eigentümer den Aufgebotsantrag gestellt hat, **die Hypothek** kraft Gesetzes, ohne daß es seiner Eintragung als Gläubiger bedarf. Da die persönliche Forderung durch das Urteil nicht berührt wird und daher für den Gläubiger fernerhin bestehenbleibt, geht die Hypothek gemäß § 1177 Abs 1 als Grundschuld auf den Eigentümer über und tritt eine Trennung des dinglichen Rechtes von der Forderung ein. Der Eigentümer kann die Grundschuld auf Grund des Urteils auf seinen Namen umschreiben lassen und dann (s. § 1163 A 3) sie zur Löschung bringen oder sonst über sie verfügen. — Das Urteil muß jedoch ohne Vorbehalt erlassen sein. Hat sich jemand als Gläubiger gemeldet und ist ihm gemäß § 953 ZPO das angemeldete Recht vorbehalten, so ist er noch nicht ausgeschlossen. Deshalb hat ein solches Urteil für sich allein die Wirkungen des Abs 2 nicht, da hier vorausgesetzt ist, daß alle diejenigen, die als Gläubiger in Betracht kommen können, ausgeschlossen worden sind. Erst wenn der Vorbehalt vom Antragsteller rechtswirksam beseitigt ist (z. B. durch Verzicht des Anmeldenden oder durch seine rechtskräftige Verurteilung zur Verzichtserklärung), treten die Wirkungen des Abs 2 ein (str.; **RG** 67, 95; RJA 6, 145; KGJ 33 A 210). — Hinsichtlich der Wirkung des Urteils auf eine Gesamthypothek vgl. § 1175. Vgl. dort A 4 auch darüber, daß sich das Ausschlußurteil auf eine vor Erlaß des Aufgebots auf einen abgeschriebenen Grundstücksteil übertragene Hypothek nicht erstreckt.

8. Im Falle der Briefhypothek wird **der Hypothekenbrief**, ohne daß es seines besonderen Aufgebots nach § 1162 bedarf, derart **kraftlos**, daß auch ein gutgläubiger Erwerber sich für die Rechtswirksamkeit seines Erwerbs nicht auf den etwaigen Besitz des Briefes berufen kann. — Will der Eigentümer die Grundschuld (s. A 7) nicht löschen lassen, sondern anderweit (z. B. durch Abtretung, Verpfändung) über sie als Briefgrundschuld verfügen oder will er sie wieder in eine Briefhypothek für eine (neue) Forderung gemäß § 1198 umwandeln, so muß er die Erteilung eines neuen Briefes beim Grundbuchamte beantragen (§§ 42 Abs 2, 67, 68 GBO).

§ 1171

Der unbekannte Gläubiger[1]) kann im Wege des Aufgebotsverfahrens[2]) mit seinem Rechte auch dann ausgeschlossen werden, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt[3]) ist und den Betrag der Forderung für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt. Die Hinterlegung von Zinsen ist nur erforderlich, wenn der Zinssatz im Grundbuch eingetragen ist; Zinsen für eine frühere Zeit als das vierte Kalenderjahr vor der Erlassung des Ausschlußurteils sind nicht zu hinterlegen[4]).

Mit der Erlassung des Ausschlußurteils gilt der Gläubiger als befriedigt, sofern nicht nach den Vorschriften über die Hinterlegung die Befriedigung schon vorher eingetreten ist[5]). Der dem Gläubiger erteilte Hypothekenbrief wird kraftlos[6]).

Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach der Erlassung des Ausschlußurteils, wenn nicht der Gläubiger sich vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet; der Hinterleger ist zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat[5]).

E I 1104, 1124 II 1078; M 3 740, 763; P 3 617 ff., 666.

1. § 1171 bestimmt die Voraussetzungen für das Aufgebot einer noch nicht getilgten Hypothek, deren **Gläubiger unbekannt ist**, um dem Eigentümer die Möglichkeit zu geben, den Gläubiger zu befriedigen und die Verfügung über die Hypothek zu erlangen. Über Unbekanntheit des Gläubigers vgl. §§ 1170 A 1. Ist nur der Aufenthaltsort des Gläubigers unbekannt, so findet § 1171 keine Anwendung. Der Eigentümer muß in einem solchen Falle gemäß §§ 132 Abs 2 (Kündigung), 1142 Abs 2, 372 ff. (als Befriedigung des Gläubigers wirkende Hinterlegung), 1163 Abs 1 Satz 2, 1143, 894 ff., ZPO §§ 203 ff. (Klage auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung hinsichtlich der durch die Befriedigung zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothek unter Erwirkung der öffentlichen Zustellung) vorgehen. —

Die Vorschriften gelten für alle Hypothekenarten, auch hinsichtlich der Hypotheken für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 1188). Vgl. ferner § 1269 (unbekannte Schiffspfandgläubiger).

2. Das **Aufgebotsverfahren** erfolgt gemäß §§ 946—959, 982—986 ZPO und den auf Grund des Vorbehalts im § 1024 ZPO (Veröffentlichung des Aufgebots, Aufgebotsfrist) etwa erlassenen landesgesetzlichen Vorschriften. Antragsberechtigt ist (anders wie im Falle des § 1170, s. dort A 2) nur der Eigentümer (§ 984 Abs 1 ZPO); bei der Gesamthypothek ein jeder Eigentümer bezüglich seines Grundstücks (vgl. § 1173). Zuständig ist das Amtsgericht des belegenen Grundstücks (§ 983 ZPO).

3. Erste Voraussetzung ist: **Berechtigung des Eigentümers zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung.** Sie bestimmt sich nach dem die Zahlungsbedingungen betreffenden Grundbuchinhalt nebst der Eintragungsbewilligung und erfordert nach §§ 1141, 1142 Fälligkeit oder Kündbarkeit der Hypothekenforderung. Verbindung der Kündigung mit dem Aufgebot ist nicht notwendig. Vgl. aber § 987 Abs 3 ZPO (Verlängerung der Aufgebotsfrist um die Kündigungsfrist).

4. Zweite Voraussetzung ist: **Hinterlegung des Forderungsbetrags nebst** den nach dem Grundbuchinhalte (vgl. § 1115) etwa zu entrichtenden **Zinsen für nicht mehr als vier Kalenderjahre** (mit Rücksicht auf die Verjährung, §§ 197, 198) **unter Verzicht auf das Rücknahmerecht** (§§ 372ff., 376 Abs 2 Nr 1). Der Eigentümer braucht sich aber bei dem Antrage auf Aufgebot nur zur Hinterlegung zu erbieten (§ 987 Abs 1 ZPO). Damit ihm nicht Zinsen verloren gehen, genügt es, wenn er erst vor Erlaß des Ausschlußurteils hinterlegt.

5. **Mit** der als Befriedigung des Gläubigers geltenden **Erlassung des Ausschlußurteils oder, wenn** nach den Vorschriften über die Hinterlegung, was gemäß §§ 372, 376 Abs 2 Nr 1, 378 regelmäßig der Fall sein wird, die **Befriedigung schon vorher** (mit der Hinterlegung) **eingetreten ist,** in diesem Zeitpunkte geht die Hypothek auf denjenigen, der zu dieser Zeit der Eigentümer ist, kraft Gesetzes über, und zwar, wenn der Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, gemäß §§ 1143, 401, 412, 1153 als Hypothek mit der Forderung, andernfalls gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 als Grundschuld (vgl. hierüber § 1170 A 7). Hinsichtlich der Gesamthypothek kommen die Vorschriften der §§ 1172, 1173 zur Anwendung. — Der Gläubiger kann sich fortan nur an den hinterlegten Betrag halten. Wer als Gläubiger darauf Anspruch erhebt, muß sein Gläubigerrecht der Hinterlegungsstelle nachweisen. Auch ist sein Recht nach Maßgabe des Abs 3 zeitlich beschränkt. — Vgl. Art 145 EG (Ausschluß des Rücknahmerechts des Eigentümers durch Landesgesetz).

6. Über die **Kraftlosigkeit des Hypothekenbriefs** im Falle der Briefhypothek vgl. § 1170 A 8.

§ 1172

Eine Gesamthypothek steht in den Fällen des § 1163 den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu[1]).

Jeder Eigentümer[2]) kann, sofern nicht ein anderes vereinbart ist[3]), verlangen, daß die Hypothek an seinem Grundstück auf den Teilbetrag[2]), der dem Verhältnisse des Wertes seines Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke entspricht[3]), nach § 1132 Abs 2 beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugeteilt wird[2]). Der Wert wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Gesamthypothek im Range vorgehen[4]).

E II 1079; P 3 628 f.

1. Gehören die mit einer **Gesamthypothek** (§ 1132) belasteten Grundstücke dem nämlichen Eigentümer, so steht **in den Fällen des § 1163** (Nichtentstehung, Erlöschen der Forderung; bei der Gesamtbriefhypothek Nichtübergabe des Briefes an den Gläubiger) die Gesamthypothek dem Eigentümer gemäß § 1177 Abs 1 als Gesamtgrundschuld an sämtlichen Grundstücken zu. **Gehören die Grundstücke verschiedenen Eigentümern,** so steht diesen die Gesamthypothek als Gesamtgrundschuld **gemeinschaftlich zu.** Vollzieht sich der Übergang nur für einen Teil der Gesamthypothek (z. B. bei teilweisem Erlöschen der Forderung), so hat die Resthypothek den Vorrang vor dem Teil (§ 1176). — Wenn ein Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht, finden nach § 741, sofern sich nicht aus dem Gesetz „ein anderes" ergibt, die Vorschriften der §§ 742—758 Anwendung. Ein anderes ergibt sich, wenigstens im allgemeinen, aus § 1172 nicht. Folglich sind auf diese Gemeinschaft die genannten Vorschriften anzuwenden (vgl. **RG** 60, 270). Die Anwendung der Grundsätze über die Gemeinschaften zur gesamten Hand (Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft) ist beim Fehlen jeden Anhalts im Gesetz ausgeschlossen, insbesondere paßt die Begriffsbestimmung der Gesellschaft im § 705 (Gesellschaftsvertrag, Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, Beiträge) auf die Gemeinschaft nicht (str.). Jedoch wird aus § 1172 Abs 2 zu entnehmen sein, daß hinsichtlich

der Anteile der Teilhaber „ein anderes", als im § 742 für den Zweifelsfall bestimmt ist, zu gelten hat, daß nämlich der Anteil eines jeden Teilhabers von vornherein gleich ist dem Teilbetrage der Hypothek, der dem Verhältnisse des Wertes seines Grundstücks zur Zeit der Entstehung der Gesamtgrundschuld zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke unter Abzug der vorgehenden Belastungen bei den Wertberechnungen entspricht, sofern nicht ein anderes vereinbart ist (vgl. Prot 3, 629). Nach § 747 könnte an sich jeder Teilhaber über seinen Anteil verfügen, während über die Gesamtgrundschuld im ganzen die Teilhaber nur gemeinschaftlich zu verfügen befugt sind (z. B. behufs Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung, Aufhebung, Umwandlung in eine Hypothek für eine neue Forderung gemäß § 1198, Umschreibung der Grundschuld auf die Namen der Eigentümer). Aber ohne eine vorherige Verteilung nach Maßgabe des Abs 2 wird die Verfügung über einen Anteil nicht durchführbar sein, da dieser nicht feststeht (str.). Der einzelne Teilhaber kann auch die Grundschuld nicht ohne Zustimmung der anderen Teilhaber auf seinem Grundstück löschen lassen, da hierin eine Verfügung über das Recht im ganzen, nämlich hinsichtlich des Gegenstandes der Haftung, enthalten ist (str.). Wird die Gesamtgrundschuld auf die Eigentümer umgeschrieben, so ist das zufolge § 1172 Abs 1 eingetretene Gemeinschaftsverhältnis zu vermerken (§ 48 GBO). — Gleiches wie nach § 1172 gilt gemäß § 1175 Abs 1, 2 für die Fälle des Verzichts des Gläubigers auf die Gesamthypothek und der Ausschließung des unbekannten Gläubigers (§ 1170) hinsichtlich aller belasteten Grundstücke sowie für den Fall der als Befriedigung geltenden Ausschließung nach § 1171 (s. dort A 5). Abweichendes bestimmen die §§ 1173, 1174 für die dort behandelten Fälle der Befriedigung des Gläubigers.

2. **Jeder Eigentümer kann** für sich aus der Gemeinschaft ausscheiden und von den anderen Eigentümern **verlangen** (nötigenfalls mit Klage gegen sie, vgl. § 894 ZPO), daß sie in die **Beschränkung der Gesamtgrundschuld** (s. A 1) **an seinem Grundstück nach § 1132 Abs 2 auf den** aus Abs 2 sich ergebenden **Teilbetrag** willigen. Dieser Teilbetrag entspricht dem Anteil, den der Eigentümer von vornherein an der gemeinschaftlichen Gesamtgrundschuld hatte (s. A 1). Durch die **Zuteilung,** die im Wege eben dieser Einwilligung erfolgt (§§ 1132 Abs 2 Satz 2, 875), wird sein Teil ausgesondert. Die Gesamtgrundschuld wird hinsichtlich seines Grundstücks zur Einzelgrundschuld in Höhe des Teilbetrags. Diese ist auf seinen Namen im Grundbuch umzuschreiben. Verlangen die übrigen Eigentümer (falls noch mehrere Grundstücke belastet sind) für sich keine Verteilung auf ihre Grundstücke, so bleiben sie gemeinschaftliche Berechtigte der Gesamtgrundschuld an ihren Grundstücken in Höhe des Restbetrags. Der abgetrennte Teil wird unter Vermerk des Ausscheidens des Ausgesonderten auf ihren Grundstücken, ihr Restbetrag auf dem Grundstück des Ausgesonderten gelöscht (§§ 1132 Abs 2 Satz 2, 875). Ferner sind die gegenseitigen Mithaftsvermerke zu löschen (§ 49 Abs 2 GBO). Ist die Gesamtgrundschuld verbrieft, so ist für den Ausgesonderten ein neuer Brief unter entsprechendem Vermerk auf dem bisherigen herzustellen (§ 64 GBO). — Nach § 1132 Abs 2 Satz 2 finden auf die Zuteilung auch die §§ 876 (Zustimmung eines an der Hypothek berechtigten Dritten), 878 (Eintritt einer Verfügungsbeschränkung) Anwendung. — Wird die Gesamtgrundschuld auf alle Grundstücke verteilt, so entstehen überall Einzelgrundschulden für die betreffenden Eigentümer. Bei verbriefter Gesamtgrundschuld ist jedem ein neuer Brief unter Vernichtung des bisherigen zu erteilen (§§ 59, 64, 69 GBO).

3. Wie gemäß § 1132 Abs 2 der Gläubiger der Gesamthypothek diese in beliebigen Beträgen auf die einzelnen Grundstücke verteilen kann, ohne daß die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten erforderlich ist, so können auch die Eigentümer als gemeinschaftliche Gläubiger durch Zusammenwirken die Verteilung der Gesamtgrundschuld (s. A 1) beliebig bestimmen und also auch hinsichtlich des Anspruchs auf Zuteilung (s. A 2), unbeschränkt durch andere Rechte an den belasteten Grundstücken, **anderes vereinbaren,** als im Abs 2 vorgeschrieben ist. Aus einer solchen Vereinbarung steht jedem Eigentümer gegen die anderen ein Anspruch auf Zuteilung (s. A 2) gemäß der Vereinbarung zu. Zur dinglichen Wirksamkeit bedarf die Vereinbarung der Eintragung gemäß §§ 877, 873, da sie den Bestand der Anteilsrechte der Grundschuldinhaber (s. A 1) betrifft (str.). Eine vor Entstehung der (Eigentümer-) Gesamtgrundschuld getroffene Vereinbarung wirkt nur unter den Beteiligten, nicht auch gegenüber Sondernachfolgern im Eigentum. Eine Eintragung der Vereinbarung bei der Hypothek, an der den Eigentümern zu dieser Zeit noch kein Recht zusteht, ist unzulässig. Auch die Sicherung des Anspruchs der einzelnen Eigentümer aus der Vereinbarung durch Eintragung einer Vormerkung erscheint ausgeschlossen, da der Anspruch nicht unter § 883 fällt. Insbesondere ist er, was allein in Frage kommen könnte, nicht als ein bedingter Anspruch auf teilweise Aufhebung eines Rechtes am Grundstück anzusehen (str.; vgl. § 1163 A 3 „künftige Eigentümergrundschuld").

4. Maßgebend für die Feststellung des **Wertes** der Grundstücke und des Umfangs der **abzuziehenden Belastungen** ist die Zeit der Entstehung der Gesamtgrundschuld. Denn in diesem Zeitpunkte bereits hatte jeder Eigentümer einen Anspruch auf Zuteilung des Teilbetrags, der sich aus dem Verhältnis der Grundstückswerte unter Abzug der der Gesamtgrund-

schuld im Range vorgehenden Belastungen ergibt (s. A 1), und dieser Anspruch kann ihm durch einseitige Maßnahmen der anderen Eigentümer (z. B. Löschungen vorgehender Belastungen auf ihren Grundstücken) oder durch Veränderungen des Wertes nicht mehr verkümmert werden (str.). — Abzuziehen sind nicht nur hypothekarische Rechte einschließlich von Eigentümergrundschulden, und zwar Gesamthypotheken zum vollen Betrage, sondern auch andere im Range vorgehende dingliche Rechte, soweit hierdurch der Belastungswert des Grundstücks vermindert wird. Vormerkungen auf Einräumung solcher Rechte werden als bedingte Belastungen zu berücksichtigen sein unter Vorbehalt anderweiter Berechnung des Teilbetrags für den Fall, daß der gesicherte Anspruch sich als unbegründet erweist (str.). Rangvorbehalte (§ 881) sind keine Belastungen.

§ 1173

Befriedigt[1]) der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke[2]) den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstücke; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt[3]). Der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer steht es gleich, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird[4]) oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers vereinigen[5]).

Kann der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen[6]), so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesamthypothek[7]).

E I 1094 II 1080; M 3 730; P 3 632 ff.

1. Unter **Befriedigung** sind alle Arten freiwilliger Tilgung zu verstehen: Zahlung (§ 362), Leistung an Erfüllungs Statt (§ 364), Hinterlegung (§ 378), Aufrechnung (§ 389). Vgl. auch § 1171 A 4, 5. Anderes bestimmen §§ 1181 Abs 2, 3, 1182 für den Fall der Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung. Eine Befriedigung des Gläubigers im Sinne des § 1173 (sowie eine Befriedigung aus dem Grundstück im Sinne des § 1181, s. dort A 1 Abs 2) liegt nicht vor, wenn der Hypothekengläubiger das eine Grundstück in der Zwangsversteigerung erwirbt und die Hypothek als ein Teil des geringsten Gebots (§ 44 ZVG) bestehenbleibt (KGJ 51, 301; s. aber A 5 a. E.).

2. Ob der den Gläubiger befriedigende **Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke** zugleich persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung ist oder nicht, ist hinsichtlich der im § 1173 bestimmten Wirkungen der Befriedigung gleichgültig (s. § 1143 Abs 2; vgl. jedoch A 3). — Ist der Befriedigende der Eigentümer sämtlicher belasteten Grundstücke, so findet § 1173 keine Anwendung. Wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist, erlischt in diesem Falle die Forderung und er erwirbt die Gesamthypothek gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 als Gesamtgrundschuld an allen Grundstücken. Ist er nicht persönlicher Schuldner, so geht gemäß §§ 1143, 401, 412, 1153, 1177 Abs 2 die Forderung mit der Hypothek auf ihn über, so daß er eine wirkliche Gesamthypothek an allen Grundstücken erlangt (RJA 11, 247). Der Eigentümer kann in beiden Fällen die Grundschuld bzw. die Hypothek an dem einen Grundstück löschen, an dem andern bestehen lassen. Der Einheitlichkeit der Hypothek widerspricht dies nicht, wie in RJA 11, 246 gemeint wird. Auch sonst kann ein Gesamthypothekar nach § 1175 auf die Hypothek an nur einem Grundstück verzichten (vgl. § 1175 A 3). — Befriedigen alle (voneinander verschiedenen) Eigentümer der belasteten Grundstücke den Gläubiger gemeinsam, so kommt ebenfalls § 1173 nicht zur Anwendung, sondern § 1172 Abs 1 (s. dort A 1), es sei denn, daß jeder Eigentümer einen besonderen Teilbetrag für sich allein zahlt. Im letzteren Falle erwirbt nach § 1173 jeder Eigentümer ebenso, wie wenn der Eigentümer eines der Grundstücke den Gläubiger zum Teil befriedigt, die Hypothek in Höhe des gezahlten Teiles an seinem Grundstück, während die Hypothek in Höhe dieses Teiles an den anderen Grundstücken erlischt, soweit nicht etwa ein Ersatzanspruch gegen die anderen Eigentümer besteht (Abs 2). — Haben mehrere Miteigentümer eines Grundstücks je für sich an ihren Anteilen für die nämliche Forderung Hypothek bestellt (s. § 1114) oder ist ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück von dem bisherigen Alleineigentümer auf mehrere Miteigentümer übergegangen, so ist eine Gesamthypothek entstanden (s. § 1132 A 1), für die hinsichtlich der Anwendung des § 1173 nichts Besonderes gilt. Haben aber die Miteigentümer eine Hypothek einheitlich an dem ganzen Grundstück bestellt, so ist nur eine Einzel-

hypothek entstanden und gelten die Miteigentümer hinsichtlich der Befriedigung des betreffenden Hypothekengläubigers als ein einziger Eigentümer (s. § 1132 A 4; § 1163 A 6).

3. Der befriedigende **Eigentümer erwirbt die Hypothek an seinem Grundstück** kraft Gesetzes, ohne daß es einer Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen bedarf, und zugleich **erlischt die Hypothek an den übrigen Grundstücken** kraft Gesetzes, ohne daß (wie im Falle der rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Hypothek nach §§ 875, 1183) die Zustimmung der anderen Eigentümer oder die Löschung erforderlich ist. Dies gilt auch dann, wenn der Befriedigende den anderen Eigentümern gegenüber zur Bewirkung der Befriedigung verpflichtet war. Die Hypothek wird also zur Einzelhypothek an dem Grundstück des Befriedigenden für diesen. An den übrigen Grundstücken entsteht keine Eigentümerhypothek; vielmehr rücken die nachstehenden Berechtigten vor. Die letzteren sowie die übrigen Eigentümer können von dem Gläubiger gemäß §§ 894ff. Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung verlangen. Jedoch ist formellrechtlich zur Begründung des Antrags auf Löschung (§ 13 GBO), wiewohl die Hypothek bereits erloschen ist und eine Eigentümerhypothek nicht entsteht, nach der unterschiedslos zu jeder Hypotheklöschung die Zustimmung des Eigentümers erfordernden Ordnungsvorschrift des § 27 GBO die Zustimmungserklärung des betreffenden Eigentümers in der Form des § 29 GBO dem Grundbuchamt vorzulegen (KGJ 24 A 135; 25 A 318; RJA 11, 155; auch **RG** 72, 367). — Der Befriedigende erwirbt die Hypothek, und zwar im vollen Betrage, gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 als Grundschuld, wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist (s. A 2); andernfalls geht nach § 1143 Abs 1 auch die Forderung auf ihn über und er erlangt damit (§§ 1153, 1177 Abs 2) die Hypothek als wirkliche Hypothek (KGJ 51, 287). Läßt der Eigentümer die Hypothek auf seinen Namen umschreiben, so ist zugleich der Vermerk über die Mitbelastung der übrigen Grundstücke von Amts wegen zu löschen (§ 49 Abs 2 GBO). Zur Umschreibung genügt die formgerechte (§ 29 GBO) Quittung des Gläubigers über den Empfang der Zahlung durch den Eigentümer. Über den Fall nur teilweiser Befriedigung des Gläubigers s. A 2. Die Resthypothek des Gläubigers hat in diesem Falle gemäß § 1176 den Vorrang vor der auf den Eigentümer übergehenden Teilhypothek. — Der Regelsatz, daß die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt, gilt nach § 1173 Abs 2 nicht, wenn und soweit dem Befriedigenden ein Ersatzanspruch gegen die übrigen Eigentümer zusteht (vgl. hierüber A 7). Mit Rücksicht hierauf genügt die vorgenannte Quittung zur Löschung der Hypothek auf den übrigen Grundstücken nicht (RJA 3, 96; OLG 12, 259; 18, 178; auch KGJ 28 A 138; a. M. RJA 4, 267). Vielmehr ist zur Rechtfertigung des Löschungsantrags ein Anerkenntnis des Befriedigenden, daß ihm ein Ersatzanspruch nicht zustehe, beizubringen oder sonst dem Grundbuchamte nachzuweisen, daß der Befriedigende nicht Ersatz verlangen kann.

4. Der gesetzgeberische Grund, weshalb die **Übertragung des Gläubigerrechts auf einen der Eigentümer der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer gleichgestellt** worden, ist, daß eine solche Befriedigung sich gewöhnlich in den Formen der Abtretung vollziehe (Prot 3, 634; OLG 9, 317; 26, 192). Ob aber die Übertragung durch Rechtsgeschäft (z. B. Abtretung gemäß § 1154) erfolgt oder kraft Gesetzes (z. B. zufolge Beerbung des Gläubigers durch einen der Eigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist), macht keinen Unterschied. Auch in letzteren Fällen erlangt der betreffende Gläubiger eine Einzelhypothek an seinem Grundstück, während die Hypothek an den anderen Grundstücken erlischt, sofern nicht Abs 2 Platz greift (s. A 3). Dagegen liegt ein Fall des Abs 1 Satz 2 nicht vor, wenn ein Eigentümer, nachdem sein Grundstück aus der Pfandhaft für die Gesamthypothek entlassen und diese auf seinem Grundstück gelöscht ist, die Hypothek gegen Befriedigung des Gläubigers übertragen erhält; denn nach der Enthaftung bestand die Gesamthypothek an seinem Grundstück nicht mehr. Es erlischt daher die Hypothek an dem andern (mithaftenden) Grundstück nicht (**RG** 81, 85). War der Zahlende dem andern Eigentümer gegenüber, falls dieser der persönliche Schuldner war, zur Zahlung verpflichtet (z. B. nach § 415 Abs 3, weil er das früher ebenfalls dem andern gehörige Grundstück unter Schuldübernahme erworben hatte), so ist in der Regel anzunehmen, daß er für den andern zahlt; die Hypothek wird dann unter Erlöschen der Forderung zur Eigentümergrundschuld (vgl. **RG** 81, 85). Lag dem Zahlenden eine solche Verpflichtung nicht ob, so erwirbt er die Hypothek an dem andern Grundstück als Hypothek für die bestehenbleibende Forderung. War er selbst der persönliche Schuldner, so wird die Hypothek am andern Grundstück zur Eigentümergrundschuld, sofern nicht etwa § 1164 Anwendung findet. Ferner liegt ein Fall der Übertragung des Gläubigerrechts auf den Eigentümer nicht vor, wenn der Gläubiger das Eigentum an einem der Grundstücke erwirbt (**RG** 77, 149; KGJ 51, 301; s. aber A 5, insbesondere für den Fall des Zuschlags im Zwangsversteigerungsverfahren).

5. Gleiches wie in A 4 gilt im Falle der **Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines der Eigentümer,** der zugleich persönlicher Schuldner ist (SeuffA 66, 272), z. B. wenn der Eigentümer (Schuldner) den Gläubiger beerbt oder umgekehrt dieser jenen. — Wird dagegen einer der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, vom Gläubiger beerbt (hinsichtlich des umgekehrten Falles s. A 4), oder wird vom Gläubiger sonst (z. B. durch Auflassung)

nachträglich das Eigentum eines der Grundstücke erworben, ohne daß er die persönliche Schuld überkommt, so findet § 1173 keine Anwendung (RG 77, 149); der Gläubiger behält vielmehr sowohl seine Forderung (gegen den persönlichen Schuldner) als auch die Gesamthypothek, nur ist für seine Hypothek an dem erworbenen Grundstück § 1177 Abs 2 maßgebend. Auch wenn der Gläubiger, um die Anwendung des § 1173 Abs 1 zu vermeiden, zunächst die Hypothek durch Abtretung von dem bisherigen Gläubiger erworben und dann, nachdem er bereits vor der Abtretung eines der belasteten Grundstücke gekauft hatte, erst sich Auflassung hat erteilen lassen, ist § 1173 Abs 1 unanwendbar, da keiner der beiden Fälle vorliegt, die allein der Befriedigung durch den Eigentümer gleichgestellt sind, und in den Maßnahmen, zu denen der Gläubiger berechtigt war, auch nicht etwa eine Gesetzesumgehung zu finden ist (vgl. RG 77, 152). Wenn aber der Hypothekengläubiger eines der Grundstücke durch Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren erwirbt, die Hypothek als ein Teil des geringsten Gebots (§ 44 ZVG) bestehenbleibt und der Vollstreckungsschuldner (bisherige Eigentümer) persönlicher Schuldner der Hypothekenforderung ist, so tritt Vereinigung der Forderung und Schuld im Sinne des § 1173 Abs 1 Satz 2 ein; denn nach § 53 Abs 1 ZVG übernimmt der Hypothekengläubiger als Ersteher die Schuld und, da er zugleich der Gläubiger ist, hat er auch ohne weiteres als die Schuldübernahme im Sinne des § 416 BGB genehmigend zu gelten. Es wird daher die Hypothek an dem erworbenen Grundstück zur Eigentümergrundschuld, während sie an den übrigen mithaftenden Grundstücken erlischt (s. A 3). Ist dagegen nicht der Vollstreckungsschuldner, sondern ein anderer der persönliche Schuldner, so tritt die fragliche Vereinigung nicht ein, da § 53 auf diesen Fall keine Anwendung findet; der Gläubiger behält also, wie in dem vorbezeichneten Falle, sowohl seine Forderung, als auch seine Gesamthypothek. Gleiches gilt auch, wenn der Vollstreckungsschuldner dem persönlichen Schuldner gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist, wenn er z. B. beim Erwerbe des Grundstücks die Hypothek seinem Besitzvorgänger gegenüber, welcher der persönliche Schuldner ist, übernommen, der Gläubiger aber die Schuldübernahme nicht genehmigt hatte (§ 415 Abs 3); denn auf diesen Fall findet § 53 ZVG, der sich nur über die Hypothekenschuld des Vollstreckungsschuldners verhält, keine Anwendung (str.), oder, wenn man unter entsprechender Anwendung dieser Vorschrift annehmen wollte, daß der Hypothekengläubiger (Ersteher) als in die Verbindlichkeit des Vollstreckungsschuldners eingetreten zu gelten hätte, würden doch die Hypothekenforderung und diese Verbindlichkeit sich nicht decken (KGJ 51, 302; vgl. auch RG 89, 77).

6. Über Fälle, in denen **der befriedigende Eigentümer von einem der anderen Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann,** vgl. § 1164 A 2, 3. Auszuscheiden sind auch hier die Fälle, in denen der befriedigende Eigentümer und der oder die anderen Eigentümer zugleich persönliche Gesamtschuldner sind oder der erstere der Bürge, der oder die anderen die Mitbürgen oder die Hauptschuldner sind (str.; a. M. OLG 9, 317). Befriedigt der Bürge-Eigentümer den Gläubiger, so geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner-Eigentümer gemäß § 774 auf ihn über und damit nach §§ 401, 412, 1153 auch die Hypothek, so daß er nunmehr der Gläubiger der für die ursprüngliche Forderung bestehenden Gesamthypothek ist mit der Maßgabe, daß auf die Hypothek an seinem Grundstück § 1177 Abs 2 Anwendung findet. Sind die mehreren Eigentümer zugleich persönliche Gesamtschuldner und steht dem befriedigenden Eigentümer ein Ausgleichungsanspruch gegen die anderen Eigentümer zu, so geht gemäß §§ 426 Abs 2, 401, 412, 1153 in Höhe des Ausgleichungsanspruchs die Hypothek als Teil-Gesamthypothek für den betreffenden Teil der ursprünglichen Forderung auf ihn über, während im übrigen die Forderung erlischt und gemäß §§ 1173 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 die Hypothek von ihm als Teil-Einzelgrundschuld an seinem Grundstück erworben wird, an den anderen Grundstücken erlischt. Die Teil-Gesamthypothek, deren Gläubiger nunmehr der Befriedigende ist, hat an seinem Grundstück gemäß § 1176 den Vorrang vor der Teil-Einzelgrundschuld. Sind die mehreren Eigentümer Mitbürgen, so erwirbt der befriedigende Mitbürge-Eigentümer gemäß §§ 774 Abs 1, 401, 412, 1153 die Forderung mit der Hypothek und bleibt die Hypothek unverändert Gesamthypothek für die ursprüngliche Forderung mit der Maßgabe, daß auf die Hypothek an seinem Grundstück § 1177 Abs 2 Anwendung findet; in schuldrechtlicher Hinsicht können ihm die Mitbürgen gemäß §§ 774 Abs 2, 426 haften. Danach bleiben tatsächlich nur wenige Fälle übrig, in denen ein Ersatzanspruch im Sinne des § 1173 Abs 2 gegeben sein kann. Ein Hauptfall (vgl. RG 81, 71; RJA 3, 96; 4, 267; OLG 12, 259; KGJ 47, 215) wird folgender sein: Der Eigentümer und zugleich persönlicher Schuldner veräußert eine Parzelle seines Grundstücks. Der Erwerber übernimmt eine Hypothek „in Anrechnung auf den Kaufpreis" (auch jetzt noch übliche Ausdrucksweise, die eigentlich für das BGB. nach § 416 nicht mehr paßt). Die Hypothek wird auf die abgeschriebene Parzelle übertragen und damit zur Gesamthypothek. Der Gläubiger genehmigt die Schuldübernahme nicht, so daß der Veräußerer Schuldner bleibt (§§ 415, 416). Dieser befriedigt demnächst den Gläubiger. Ihm steht dann ein Ersatzanspruch im Sinne des § 1173 Abs 2 gegen den Erwerber der Parzelle zu. — Jedoch kann ein Ersatzanspruch auch zeitlich erst nach der Entstehung der Gesamthaft der Grundstücke und ohne erkennbare Beziehung

zu dem Eigentum an dem Grundstücke des Ersatzpflichtigen begründet worden sein. So z. B., wenn dem den Gläubiger wegen Hypothekenzinsen befriedigenden Eigentümer ein Ersatzanspruch wegen dieser Zinsen gegen den Eigentümer des andern Grundstücks deswegen zusteht, weil dieser in einem Pachtvertrage über das Grundstück jenes Eigentümers sich zur Zahlung der Hypothekenzinsen verpflichtet hat (KGJ 47, 216). Ein fernerer Fall des Bestehens eines Ersatzanspruchs ist gegeben, wenn der Eigentümer des anderen Grundstücks, der früher beide Grundstücke besessen hatte, dem befriedigenden Eigentümer gegenüber, der sein Grundstück von ihm erworben hatte, zur Löschung der Hypothek auf dessen Grundstück vertraglich verpflichtet war (OLG 26, 192).

7. Die Bestimmung, daß **in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstück des andern Eigentümers auf den befriedigenden Eigentümer übergeht und mit der Hypothek an dem Grundstück des befriedigenden Eigentümers Gesamthypothek bleibt,** bedeutet nach dem in A 6 sowie in § 1164 A 2 und § 1182 A 3 Erörterten: Insoweit dem befriedigenden Eigentümer ein Ersatzanspruch im Sinne des Abs 2 (s. A 6) gegen den (oder die) anderen Eigentümer zusteht, tritt kraft Gesetzes an die Stelle der durch die Gesamthypothek ursprünglich gesicherten Forderung der Ersatzanspruch in die hypothekarische Sicherung ein und erwirbt der befriedigende Eigentümer die Hypothek als Gesamthypothek für den Ersatzanspruch (vgl. **RG** 81, 71), und zwar auch bezüglich seines eigenen Grundstücks, jedoch hier mit der Maßgabe, daß § 1177 Abs 2 Anwendung findet. Alle anderen Meinungen (vgl. § 1182 A 3) über die Bedeutung des Abs 2, zum Teil auf unrichtiger Auffassung des im Abs 2 gemeinten Ersatzanspruchs beruhend, sind unzutreffend; insbesondere auch die Ansicht, daß die Hypothek an dem Grundstück des befriedigenden Eigentümers, wenn dieser zugleich persönlicher Schuldner sei, gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 zur Grundschuld werde, andernfalls für die gemäß § 1143 Abs 1 zufolge Befriedigung des Gläubigers auf den Eigentümer übergehende ursprüngliche Hypothekenforderung bestehe. Nach dem Wortlaute des Gesetzes bleibt die Hypothek mit der Hypothek an dem eigenen Grundstück des Befriedigenden Gesamthypothek. Diese Bestimmung enthält nur eine aus dem Wesen einer Gesamthypothek sich ergebende Beschränkung des auf den Ersatzberechtigten übergehenden hypothekarischen Rechtes zum Schutze gleich- oder nachstehender Rechte (Denkschrift zu § 1156 der Reichstagsvorlage). Eine Gesamthypothek aber kann nicht teils Hypothek für eine Forderung, teils Grundschuld sein, und sie kann nicht für eine Forderung an dem einen Grundstück und für eine andere Forderung an dem andern Grundstück bestehen (§ 1132 A 2, 3). Vielmehr muß ihr einheitlich eine, und zwar ein und dieselbe Forderung zugrunde liegen. Diese Forderung kann nur die Ersatzforderung sein, da die ursprüngliche Forderung, wenn der ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, zufolge der Befriedigung des Gläubigers erloschen ist (nämlich in den Fällen, in denen wirklich ein Ersatzanspruch im Sinne des Abs 2 besteht, s. A 6, § 1164 A 1, 2) und das Gesetz hinsichtlich des Übergangs der Hypothek als Gesamthypothek an beiden Grundstücken keinen Unterschied macht, ob der Ersatzberechtigte zugleich persönlicher Schuldner ist oder nur dinglich haftet (Prot 3, 624ff.). Persönlicher Schuldner der Ersatz-Hypothekenforderung, auch bezüglich der Hypothek an dem Grundstück des Befriedigenden, ist der andere Eigentümer (vgl. **RG** 81, 71). — Erreicht der Ersatzanspruch nicht den ganzen Betrag der ursprünglichen Forderung, so geht nach §§ 1173 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 der überschießende Teil der Hypothek, unter Erlöschen an den übrigen Grundstücken, als Teil-Einzelgrundschuld auf den Befriedigenden über. Diese Teil-Einzelgrundschuld steht hinsichtlich des Grundstücks des Befriedigenden der Teil-Gesamthypothek gemäß § 1176 im Range nach, da der Befriedigende als der jetzige Gläubiger der (nur mit anderer Forderung versehenen) Gesamthypothek bezüglich des Restteils anzusehen ist. — Erstreckt sich die dem Ersatzanspruche zugrunde liegende Verpflichtung nur auf die Zahlung von Hypothekenzinsen (s. A 6 a. E.), so geht, wenn der Ersatzanspruch wegen Befriedigung des Gläubigers hinsichtlich der Zinsen besteht, ebenfalls die Hypothek an dem anderen Grundstück als Hypothek für die Ersatzforderung auf den ersatzberechtigten Eigentümer über, wobei diese Hypothek sich als solche für eine Hauptschuld, nicht als Hypothek für Zinsen darstellt, da die Ersatzforderung auch hier an die Stelle der Zinsforderung tritt (KGJ 47, 216). — Der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist und dem im Falle der Befriedigung des Gläubigers ein Ersatzanspruch im Sinne des Abs 2 gegen den (oder die) anderen Eigentümer zustehen würde, wird nach Maßgabe des § 1165 von seiner persönlichen Schuld frei, wenn von dem Gesamthypothekengläubiger bezüglich der Hypothek an dem (oder an einem) andern Grundstück ihm (hinsichtlich des Ersatzanspruchs) nachteilige Verfügungen der im § 1165 bezeichneten Art (z. B. Verzicht auf die Hypothek an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers oder Einräumung des Vorrangs für nachstehende Hypotheken) getroffen werden (vgl. Prot 3, 636; **RG** 89, 79). Ist dagegen der gegebenenfalls ersatzberechtigte Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner, so kann § 1165 keine Anwendung finden. Denn diese Vorschrift ist, ähnlich wie die des § 776 zum Schutze des Bürgen dient, zum Schutze des dem Hypothekengläubiger persönlich mithaftenden Schuldners gegeben, und daher unanwendbar,

wenn zwischen dem gegebenenfalls Ersatzberechtigten und dem Hypothekengläubiger ein persönliches Schuldverhältnis nicht besteht. Der Gesamthypothekengläubiger kann in dem ihm nach § 1132 zustehenden Rechte, nach seinem Belieben sich an eines der ihm haftenden Grundstücke zu halten und das andere ganz oder zum Teil freizugeben, nicht dadurch beschränkt sein, daß im Falle seiner Befriedigung durch einen der Eigentümer diesem ein Ersatzanspruch gegen den andern Eigentümer zustehen würde. Er verliert daher durch eine Verfügung genannter Art über die Hypothek an dem einen Grundstück (z. B. Verzicht auf die Hypothek) nicht sein dingliches Recht an dem dem gegebenenfalls ersatzberechtigten Eigentümer gehörigen andern Grundstück (**RG** Gruch 58, 438 [JW 1913, 1149[6]]). Aus letzterem folgt weiter, daß auch dann, wenn der gegebenenfalls ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist, der Umfang der dinglichen Haftung dieses Eigentümers nicht durch nachteilige Verfügungen über die Hypothek an dem andern Grundstück vermindert wird und der Eigentümer nicht etwa zufolge solcher Verfügungen ganz oder teilweise Löschung der Hypothek oder nach § 1169 Verzicht auf die Hypothek an seinem Grundstück verlangen kann. Auch ein Schadensersatzanspruch, der gegebenenfalls zur Aufrechnung gestellt werden könnte, ist mit Rücksicht auf die dem Gesamthypothekengläubiger nach § 1132 zustehenden Rechte zu verneinen (str., a. M. anscheinend, aber nicht bestimmt entscheidend, **RG** 74, 213). — Ist der Ersatzpflichtige nicht Alleineigentümer, sondern nur Miteigentümer des andern Grundstücks, so geht die Hypothek nur an seinen Anteil über (KGJ 47, 216).

§ 1174

Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, dem eine Gesamthypothek zusteht[1]), oder vereinigen sich bei einer Gesamthypothek Forderung und Schuld in einer Person, so geht, wenn der Schuldner nur von dem Eigentümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann[1]), die Hypothek an diesem Grundstück auf ihn über; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt[2]).

Ist dem Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten und geht deshalb die Hypothek nur zu einem Teilbetrag auf ihn über, so hat sich der Eigentümer diesen Betrag auf den ihm nach § 1172 gebührenden Teil des übrigbleibenden Betrags der Gesamthypothek anrechnen zu lassen[3]).

E II 1081; P 3 631, 636 ff.

1. § 1174 regelt in Ergänzung des § 1164 die Wirkungen **der Befriedigung eines Gesamthypothekengläubigers durch den persönlichen Schuldner,** der nicht zugleich Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke ist, sowie der **Vereinigung der Forderung und Schuld in einer Person bei einer Gesamthypothek,** die auch hier (s. § 1164 Abs 2) der Befriedigung gleichgestellt ist, für den Fall, daß der **Schuldner nur von dem Eigentümer eines der Grundstücke oder von dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann.** Über Befriedigung, Ersatzanspruch, Vereinigung von Forderung und Schuld vgl. § 1164 A 1—4. — Ist der persönliche Schuldner zugleich Eigentümer eines der belasteten Grundstücke, so findet nicht § 1174, sondern § 1173 Anwendung (s. § 1173 A 2, 3). — Hat der persönliche Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer ist, überhaupt keinen Ersatzanspruch, so liegt ebenfalls ein Fall des § 1174 nicht vor, vielmehr steht die Gesamthypothek, da die Forderung nach § 1163 Abs 1 Satz 2 durch die Befriedigung des Gläubigers erlischt, gemäß § 1172 Abs 1 den Eigentümern der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu, und zwar als Gesamtgrundschuld (s. § 1172 A 1). — Kann der befriedigende persönliche Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer ist, von allen Eigentümern Ersatz verlangen, so trifft § 1174 gleichfalls nicht zu, sondern § 1164, der insoweit auch für die Gesamthypothek gilt, in Verbindung mit § 1172 Abs 1; in Höhe des Ersatzanspruchs geht die Gesamthypothek als eine solche (§ 1132) für die Ersatzforderung gegen die ersatzpflichtigen Eigentümer, die nunmehrigen Schuldner der Ersatz-Hypothekenforderung, auf den bisherigen Schuldner über (s. § 1164 A 2), während in Höhe des etwa überschießenden Betrags die Hypothek gemeinschaftliche Teil-Gesamtgrundschuld der Eigentümer wird (s. § 1172 A 1).

2. In dem sonach von § 1174 allein betroffenen Falle, daß durch Befriedigung seitens des (lediglich) persönlichen Schuldners oder durch Vereinigung von Forderung und Schuld ein Ersatzanspruch nur gegen einen (oder einige) der Eigentümer der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke oder dessen Rechtsvorgänger ausgelöst wird, **geht die Hypothek an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers** als Einzelhypothek (wenn mehrere Eigentümer, jedoch nicht alle, ersatzpflichtig sind, als Gesamthypothek) für die an die Stelle der ursprünglichen Forderung tretende Ersatzforderung (s. § 1164 A 2,

§ 1173 A 7) kraft Gesetzes **auf den bisherigen Schuldner über,** während sie **an den übrigen Grundstücken** kraft Gesetzes, ohne daß es einer Löschung bedarf (s. § 1173 A 3), **erlischt.** Befriedigt der persönliche Schuldner den Gesamthypothekengläubiger nur zum Teil, so gilt für diesen Teil hinsichtlich des Übergangs bezüglich des Grundstücks des ersatzpflichtigen Eigentümers und hinsichtlich des Erlöschens an den übrigen Grundstücken das gleiche. Die Resthypothek des Gläubigers an dem ersteren Grundstück geht nach § 1176 der Teilhypothek des Schuldners im Range vor. — Dabei ist für beide Fälle (volle oder teilweise Befriedigung) vorausgesetzt, daß der Schuldner in ganzer Höhe des gezahlten (oder durch Vereinigung von Forderung und Schuld erloschenen) Betrags Ersatz verlangen kann. Beschränkt sich sein Ersatzanspruch auf einen Teilbetrag, so wird in Höhe des überschießenden Betrags die Hypothek gemäß § 1172 Abs 1 zur gemeinschaftlichen Gesamtgrundschuld der Eigentümer. Ferner findet auf diesen Fall Abs 2 Anwendung. — Dem befriedigenden Schuldner stehen nach dem auch hier anzuwendenden § 1167 die Rechte aus §§ 1144, 1145 (zwecks Grundbuchberichtigung) zu. Ferner sind die bei der Einzelhypothek zum Schutze des persönlichen Schuldners in §§ 1165, 1166 gegebenen Vorschriften hier ebenfalls entsprechend anzuwenden (vgl. **RG** 89, 79; § 1173 A 7).

3. Abs 2 bedeutet: **Hat der Schuldner nur wegen eines Teiles** desjenigen Betrags (sei es des vollen Hypothekenbetrags oder eines Teiles davon), zu welchem er den Gesamthypothekengläubiger befriedigt hat (oder eine Vereinigung von Forderung und Schuld eingetreten ist), **einen Ersatzanspruch** lediglich gegen einen (oder einige) der Eigentümer (für den Fall des Ersatzanspruchs gegen alle s. A 1) **und erlangt er deshalb nur eine Teilhypothek** (oder eine Teil-Gesamthypothek) an dem Grundstück (oder an den Grundstücken) des ersatzpflichtigen Eigentümers (oder der ersatzpflichtigen Eigentümer) **für die Ersatzforderung,** während die Gesamthypothek in Höhe des überschießenden Betrags gemäß § 1172 Abs 1 zur gemeinschaftlichen Gesamtgrundschuld der Eigentümer wird (s. A 2), **so hat sich der ersatzpflichtige Eigentümer den Betrag der Teilhypothek** des Schuldners an seinem Grundstück **auf den ihm nach § 1172 gebührenden Anteil an der gemeinschaftlichen Gesamtgrundschuld anrechnen zu lassen.** Mithin verringert sich dieser Anteil, dessen Berechnung sich aus dem in § 1172 A 1—4 Dargelegten ergibt, zugunsten der anderen mitberechtigten Eigentümer um den Betrag der Teilhypothek des Schuldners. Ist dieser Betrag gleich dem Anteil oder höher wie dieser, so entfällt der Anteil des ersatzpflichtigen Eigentümers überhaupt und steht die gemeinschaftliche Gesamtgrundschuld (bezüglich des vorgenannten überschießenden Betrags) den anderen Eigentümern allein zu. Auf die verschiedenen anderen Meinungen über die Art und Weise der Anrechnung wird nicht eingegangen, da die Vorschrift des Abs 2 wohl kaum jemals für die Rechtsanwendung in Frage kommen wird.

§ 1175

Verzichtet der Gläubiger auf die Gesamthypothek[1]), so fällt sie den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu; die Vorschriften des § 1172 Abs 2 finden Anwendung[2]). Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek an einem der Grundstücke, so erlischt die Hypothek an diesem[3]).

Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger nach § 1170 mit seinem Rechte ausgeschlossen wird[4]).

E II 1082; P 3 629, 637.

1. Abs 1 Satz 1 betrifft den Fall, daß **der Gläubiger auf die Gesamthypothek** an allen belasteten Grundstücken, die verschiedenen Eigentümern gehören, ganz oder zum Teil verzichtet. Wegen des Inhalts der Verzichtserklärung und der sonstigen Erfordernisse des Verzichts s. § 1168 A 1, 3, 4, 5. Über den Unterschied des Verzichts auf die Gesamthypothek von deren Aufhebung vgl. § 1183 A 1. Der Verzicht muß auf alle Grundstücke eingetragen werden (KGJ 24 A 136).

2. **Die Gesamthypothek fällt** infolge des Verzichts den **Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu** kraft Gesetzes, ohne daß es ihrer Eintragung als Gläubiger bedarf (s. hierüber § 1168 A 2). Die persönliche Forderung des Gläubigers wird durch den Verzicht nicht berührt (s. § 1168 A 1). Sie trennt sich von der Hypothek. Diese wird in der Hand der Eigentümer gemäß § 1177 Abs 1 zur Gesamtgrundschuld. Hinsichtlich der Höhe des Anteils der einzelnen Eigentümer an der Gemeinschaft und bezüglich des Rechtes eines jeden Eigentümers auf entsprechende Zuteilung einer Einzelgrundschuld an seinem Grundstück aus der gemeinschaftlichen Gesamtgrundschuld **finden die Vorschriften des § 1172 Abs 2 Anwendung.** Vgl. hierüber § 1172 A 2, 3, 4. — Verzichtet der Gläubiger auf einen Teil der Hypothek an allen Grundstücken, so hat die ihm verbleibende Rest-Gesamthypothek gemäß § 1176 den Vorrang vor der den Eigentümern gemeinschaftlich zufallenden Teil-Gesamtgrundschuld.

3. Abs 1 Satz 2 betrifft den Fall des **Verzichts des Gläubigers auf die Gesamthypothek an einem der Grundstücke.** Ein solcher Verzicht bewirkt nicht, wie der Verzicht auf die Einzel-

hypothek gemäß §§ 1168 Abs 1, 1177 Abs 1, die Entstehung einer Grundschuld für den Eigentümer des von dem Verzicht betroffenen Grundstücks, sondern die **Hypothek erlischt an diesem Grundstück** kraft Gesetzes in dem Zeitpunkte des Zusammentreffens der Verzichtserklärung und der Verzichtseintragung, ohne daß es der Löschung oder der Zustimmung des Eigentümers zu der Eintragung des Verzichts bedarf (s. §§ 1168 A 4, 1173 A 3, a. M. in letzterer Hinsicht KGJ 24 A 135), und die im Range nachstehenden Berechtigten rücken vor. Soll aber die Hypothek an diesem Grundstück gelöscht werden, so ist nach der Ordnungsvorschrift des § 27 Abs 1 GBO die Zustimmungserklärung des Eigentümers erforderlich (s. § 1173 A 3, KGJ 24 A 135; RJA 2, 240; 11, 155; OLG 6, 101; 14, 131; a. M., sofern der Verzicht im Grundbuch eingetragen ist, nunmehr KGJ 47, 209: der Fall sei gleichzustellen dem des § 1132 Abs 2, es handle sich lediglich um die grundbuchmäßige Verlautbarung des Erlöschens der Hypothek als einer gesetzlichen Folge einer an die Zustimmung des Eigentümers nicht geknüpften Eintragung, nämlich der Eintragung des Verzichts; aber § 1132 Abs 2 betrifft die Eintragung einer Verteilung (s. dort A 3), während hier doch immer eine Löschung der Hypothek im Sinne des § 27 Abs 1 GBO vorzunehmen ist). An den anderen Grundstücken besteht die Hypothek für den Gläubiger wie bisher weiter. Vgl. auch § 875 A 3 darüber, daß, wenn Löschung der Hypothek nur bezüglich eines der Grundstücke bewilligt und beantragt ist, sie nicht auch auf den übrigen mithaftenden Grundstücken erfolgen darf. — Wenn der Gläubiger einer Einzelhypothek auf die Hypothek an einem Trennstück oder, falls das Grundstück mehreren Miteigentümern gehört, auf die Hypothek an dem Anteil eines Miteigentümers (s. § 1114) verzichtet (z. B. das Trennstück im Falle der Veräußerung aus der Pfandhaft entläßt), ist die Vorschrift des Abs 1 Satz 2 entsprechend anzuwenden, so daß die Hypothek an dem Trennstück oder dem Anteil nicht nach §§ 1168 Abs 1, 1177 Abs 1 zur Grundschuld für den Eigentümer (Miteigentümer) wird, sondern erlischt; denn durch die Absonderung des Trennstücks oder des Miteigentumsanteils wird die Einzelhypothek zur Gesamthypothek (s. § 1132 A 1, vgl. **RG** 52, 362; 81, 82; KGJ 24 A 136; 25 A 317). Der Verzicht bedarf aber auch in diesen Fällen der Eintragung auf das Trennstück oder den Bruchteil (vgl. KGJ 24 A 136, jedoch auch RJA 11, 155, wo angenommen wird, daß, wenn der Antrag auf Löschung gerichtet ist, es sich nicht um einen Verzicht handle, der einzutragen wäre; s. dazu § 1183 A 1). Soll die Abschreibung des Trennstücks demnächst pfandfrei erfolgen, so ist auch hier nach § 27 Abs 1 GBO (formellrechtlich) die Zustimmung des Eigentümers erforderlich (KGJ 24 A 136; 25 A 318), und zwar des Eigentümers zur Zeit der Abschreibung, also des Veräußerers, nicht des Erwerbers (vgl. jedoch RJA 11, 155, wo angenommen wird, daß, wenn Auflassung und Bewilligung pfandfreier Abschreibung gleichzeitig mit Beantragung der Löschung erfolgen, nach § 185 Abs 2 die Zustimmung des Erwerbers des Trennstücks genügt). — Ferner tritt nach § 418 Abs 1 Satz 2, 3 im Falle einer Schuldübernahme, durch die der persönliche Schuldner der Hypothekenforderung befreit wird, das gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, es sei denn, daß der Eigentümer seinerseits in die Schuldübernahme eingewilligt hat. Wird also von einem oder einigen der Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke in die Schuldübernahme nicht eingewilligt, so erlischt die Hypothek an dem Grundstück des nicht einwilligenden Eigentümers.

4. Ist der (unbekannte) **Gläubiger durch Ausschlußurteil nach § 1170 mit seinem dinglichen Rechte** (s. § 1170 A 3) an allen Grundstücken (auf Aufgebotsantrag sämtlicher Eigentümer) **ausgeschlossen,** so fällt die Hypothek nach § 1175 Abs 1 Satz 1 allen Eigentümern gemeinschaftlich zu. Bezieht sich die Ausschließung nur auf ein (oder einige) der belasteten Grundstücke (weil nur der Eigentümer dieses Grundstücks das Aufgebot beantragt hat), so erlischt die Hypothek nach § 1175 Abs 1 Satz 2 an diesem Grundstück (KGJ 34 A 301). Gleiches gilt auch, wenn im Falle des Antrags auf Aufgebot einer Einzelhypothek ein Teil des belasteten Grundstücks vor Erlaß des Aufgebots veräußert und nach einem anderen Grundbuchblatt unter Übertragung der Hypothek abgeschrieben worden, so daß eine Gesamthypothek entstanden war; das Ausschlußurteil erstreckt sich nicht auf die Hypothek an dem abgeschriebenen Grundstücksteil (OLG 29, 277). — Auf die als Befriedigung des Gläubigers wirkende Ausschließung nach § 1171 finden die §§ 1172, 1173, nicht § 1175 Anwendung.

§ 1176

Liegen die Voraussetzungen der §§ 1163, 1164, 1168, 1172 bis 1175 nur in Ansehung eines Teilbetrags der Hypothek vor, so kann die auf Grund dieser Vorschriften dem Eigentümer oder einem der Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner zufallende Hypothek nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden[1]).

E I 1095, 1097 II 1083; M 3 730, 733; P 3 608.

1. Wie für die Fälle der §§ 426 Abs 2, 774 Abs 1 Satz 2, Abs 2 (Gesamtschuldner, Bürge, Mitbürgen), 1143 Abs 1 Satz 2 (Befriedigung des Hypothekengläubigers durch den persönlichen Schuldner), 268 Abs 3 Satz 2, 1150 (Befriedigung des Hypothekengläubigers durch einen Ablösungsberechtigten), 1182 (Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers aus einem der belasteten Grundstücke), in denen der Übergang einer Forderung auf einen andern kraft Gesetzes stattfindet, durch Einzelvorschriften, so ist im § 1176 für die Fälle der **§§ 1163, 1164, 1168, 1172 bis 1175,** in denen die **Hypothekenforderung auf den oder einen der Eigentümer** (§§ 1163, 1168, 1172, 1173, 1175) oder **auf den persönlichen Schuldner** (§§ 1164, 1174) kraft Gesetzes **übertragen** wird, durch gemeinsame Vorschrift bestimmt, daß, wenn die Übertragung **nur in Ansehung eines Teilbetrags** erfolgt, sie **nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden** Forderung, hier **Hypothek,** geltend gemacht werden kann. Die Bestimmung beruht auf der Erwägung, daß billigerweise aus dem teilweisen Übergange auf einen andern weitere Folgerungen gegen den Gläubiger nicht zu ziehen seien, als diejenigen, die sich aus einem teilweisen Erlöschen des Rechtes ergeben würden (Mot 3, 730; **RG** JW 1911, 277[5]). Danach hat die Resthypothek des Gläubigers in diesen Fällen insbesondere den Vorrang vor dem auf den andern übergehenden Teil (**RG** JW 1911, 277[5]; Gruch 47, 406, auch **RG** 76, 198). Diese Folge tritt kraft Gesetzes ein (**RG** Gruch 47, 906). Deshalb ist eine Vereinbarung, wodurch die Folge noch besonders festgesetzt wird, bedeutungslos und als überflüssig von der Eintragung in das Grundbuch auszuschließen (KGJ 21 A 165; 28 A 139). Wenn aber der übergegangene Hypothekteil auf den Namen des Eigentümers oder des persönlichen Schuldners umgeschrieben werden soll, ist ein Vermerk über das Rangverhältnis des Teiles zu der Resthypothek des Gläubigers in das Grundbuch aufzunehmen, da vor dem Übergang die Teile gleichen Rang hatten und nun eine Änderung dieses Ranges eingetreten ist (KGJ 25 A 306). Soll nach dem Übergang der Vorrang der Resthypothek beseitigt werden, so handelt es sich um eine Rangänderung und müssen die Erfordernisse des § 880 beobachtet werden. Eine im voraus getroffene Vereinbarung, daß gegebenenfalls die Resthypothek nicht den Vorrang haben soll, ist zulässig und eintragungsfähig, da sie den Inhalt des Hypothekenrechts betrifft (KGJ 29 A 184). — Da § 1176 den Vorrang nicht dem Gläubiger persönlich, sondern der ihm verbleibenden Hypothek gewährt, bleibt dieser der Vorrang auch dann erhalten, wenn sie demnächst auf einen andern übergeht, mag letzterer auch der Inhaber des andern Teiles oder der Eigentümer sein. — § 1176 setzt voraus, daß dem Gläubiger ein Teil der Hypothek verbleibt. Geht die ganze Hypothek in Teilbeträgen auf andere über (z. B. wenn Miteigentümer zwar gleichzeitig, aber je nur für ihren Teil den Gläubiger befriedigen), so stehen die Teile im Range gleich. — Weiter hat § 1176, wie sich aus der Gegenüberstellung der Worte „in Ansehung eines Teilbetrags" und „der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek" ergibt, zur Voraussetzung, daß der Übergang auf den andern, insbesondere in den Fällen des § 1163 auf den Eigentümer, einen Teil einer einheitlichen, dem Gläubigerrecht einer Person allein unterliegenden Hypothek betrifft. Die Eintragung einer Hypothek für eine Mehrzahl von Inhaberschuldverschreibungen (§ 1187) enthält nicht lediglich ein einziges Hypothekenrecht für einen einzigen Gläubiger, sondern eine Mehrzahl von Hypotheken, die je für sich selbständig bestehen, daher ändert sich nicht der Rang unter ihnen, wenn die Hypothek für eine Teilschuldverschreibung wegen Nichtbestehens der Forderung (z. B. zufolge Nichtbegebung, s. § 1187 A 2) Eigentümergrundschuld ist. Wird ferner von einer Hypothek, die mit einer Hypothek eines andern Gläubigers gleichen Rang hat, ein Teilbetrag zur Eigentümergrundschuld (z. B. zufolge Verzichts des Gläubigers), so steht diese zwar der Resthypothek im Range nach, nicht aber auch der anderen Hypothek, vielmehr behalten Resthypothek und Eigentümergrundschuld zusammen gleichen Rang mit der anderen Hypothek; dies gilt auch dann, wenn beide Hypotheken unter der nämlichen Nummer eingetragen sind, da sie trotz solcher Eintragung selbständige voneinander verschiedene Hypotheken sind (OLG 26, 162). — Für rechtsgeschäftliche Übertragungen von Teilbeträgen ist hinsichtlich des Ranges weder im § 1176 noch sonst im Gesetz eine Bestimmung gegeben. Da vor der Abtretung alle Teile gleichen Rang haben (**RG** JW 1911, 277[5]), bleibt dieses Rangverhältnis auch dann bestehen, wenn der Gläubiger einen Teil an einen andern abtritt. Gleiches gilt für die Pfändung eines Hypothekteils im Wege der Zwangsvollstreckung. Jedoch kann im ersteren Falle (wie auch regelmäßig geschieht) von den Beteiligten das Rangverhältnis anderweit geregelt werden (vgl. § 1151, **RG** JW 1911, 277[5]) oder ein anderes Rangverhältnis als gewollt aus den obwaltenden Umständen sich von selbst ergeben (vgl. KGJ 29 A 179), und im letzteren Falle muß die Pfändung und Überweisung des Teiles, wenn es der Pfändungsgläubiger beantragt, mit dem Vorzugsrecht vor dem Überrest ausgesprochen werden. Aus § 1176 ist nicht zu folgern, daß, wenn vom Gläubiger ein Teil der Hypothek mit Vorrang vor dem Überrest abgetreten ist und dann dieser Teil (z. B. zufolge Zahlung an den Zessionar) auf den Eigentümer übergeht, der Teil nunmehr der Überresthypothek des ursprünglichen Gläubigers im Range nachzustehen hat; denn infolge der Teilabtretung sind an die Stelle der bisher einheitlichen Hypothek mehrere selbständige Hypotheken in

Höhe der Teilbeträge getreten (RG 75, 249), und daher ist für eine Anwendung des § 1176 kein Raum mehr (str., vgl. RG JW 1911, 277[5]). Weiter ist aus § 1176 nichts für die Frage zu entnehmen, wie Tilgungsbeiträge (Amortisationsleistungen), die auf eine Hypothek zu leisten sind, nach Teilabtretung zu verrechnen sind. Solche Leistungen betreffen die ganze Hypothek und damit zugleich alle ihre Teile. Deshalb sind sie nach Verhältnis auf die einzelnen Teile zu verrechnen (RG JW 1911, 277[5]). Hat der Eigentümer einen durch Befriedigung des Gläubigers zur Eigentümergrundschuld gewordenen Teil einer Hypothek an einen Dritten abgetreten und bringt dieser auf Grund erlangten vollstreckbaren Schuldtitels wegen der Grundschuld Pfändung von Mietzinsen aus, so wird die Grundschuld zwar im Sinne des § 1176 zum Nachteil der dem Gläubiger verbliebenen Resthypothek geltend gemacht, doch muß der Hypothekengläubiger, wenn er nicht seinerseits auf Grund seiner Resthypothek die Beschlagnahme ausgebracht hat, die Pfändung nach dem auch hier trotz des § 1176 maßgebenden (vgl. RG 83, 404) § 1124 Abs 1 als Verfügung über die Mietzinsen (vgl. § 1124 A 3) gegen sich ebenso gelten lassen, wie die Pfändung eines anderen, sei es auch nachstehenden Hypothekengläubigers (a. M. JW 1916, 289[4]; s. dort die zutreffende Anmerkung dazu).

§ 1177

Vereinigt sich die Hypothek[1]) mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht[2]), so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld[3]). In Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend[4]).

Steht dem Eigentümer auch die Forderung zu[5]), so bestimmen sich seine Rechte aus der Hypothek, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften[6]).

E I 1098 II 1084; M 3 733; P 3 572, 610, 720.

1. **Die Hypothek** kann durch die Vereinigung mit dem Eigentum die im § 1177 Abs 1, 2 bestimmte rechtliche Gestaltung naturgemäß nur dann gewinnen, wenn sie als Hypothek überhaupt rechtsgültig besteht. Mithin muß sie gemäß § 873 als Hypothek durch rechtswirksame Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber über die Bestellung dieses Rechtes und durch Eintragung begründet worden sein. Ist die Eintragung ohne eine solche Einigung erfolgt, und kommt auch nachher eine Einigung nicht zustande oder ist die Einigungserklärung auch nur eines der Beteiligten (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit, Wuchers, Scheinabrede, RG 57, 95; JW 02 Beil 202; 06, 736[3]; 1913, 540[3]; Warn 1913 Nr 353; OLG 5, 9) nichtig oder (z. B. wegen Irrtum oder Betrugs) anfechtbar und angefochten (vgl. RJA 9, 59), so besteht ein hypothekarisches Recht überhaupt nicht (s. § 873 A 4) und daher kann auch durch Vereinigung mit dem Eigentum nicht eine Hypothek (Abs 2) oder eine Grundschuld (Abs 1) für den Eigentümer daraus entstehen (RG 68, 101; 70, 356; 78, 64; JW 03 Beil 50[113]; Warn 1913 Nr 353; Gruch 59, 901; RJA 4, 118; OLG 5, 9; 11, 114; 15, 339). Streitig ist, ob dies für den Fall des Abs 1 auch dann zu gelten hat, wenn der Hypothekeintragung zwar nur eine einseitige, aber an sich gültige Eintragungsbewilligung des Eigentümers zugrunde liegt (wenn z. B. der Eigentümer eine Darlehnshypothek hat eintragen lassen in der Meinung, der als Gläubiger Bezeichnete werde ihm das Darlehn gegen Hypothekbestellung gewähren, eine Einigung aber demnächst nicht zustande kommt, oder wenn die Einigungserklärung des andern Teiles nichtig ist). Dies ist zu bejahen, weil ein dingliches Recht am Grundstück grundsätzlich nicht durch einseitige Rechtshandlungen des Eigentümers begründet werden kann (RG 70, 353; KGJ 40, 259). Die von der Gegenmeinung herangezogenen Vorschriften der §§ 1188, 1190, wodurch zur Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung oder zur Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer selbst die Eintragungsbewilligung des Eigentümers allein für genügend erklärt ist, kennzeichnen sich als Ausnahmevorschriften mit Rücksicht auf die besondere Natur dieser Rechte. Abgesehen hiervon ist die Hypothekeintragung bei mangelnder Einigung nichtig, auch wenn die Eintragungsbewilligung des Eigentümers an sich rechtswirksam ist, und ist ihre Umwandlung in eine (gültige) Eigentümergrundschuld nach Abs 1 ausgeschlossen. Die Eintragungsbewilligung des Eigentümers und die daraufhin (vgl. § 19 GBO) erfolgte Hypothekeintragung können auch nicht gemäß § 140 in Bestellung und Eintragung einer Grundschuld für den Eigentümer im Sinne des § 1196 umgedeutet werden; denn es ist die Eintragung einer „Hypothek" für die „Forderung" eines „anderen" bewilligt und vorgenommen, während nach der zwingenden Vorschrift des § 1196 die dort bezeichnete Grundschuld auf Grund einseitiger Bewilligung des Eigentümers nur dann rechtsgültig begründet wird, wenn die Eintragung einer „Grundschuld" „für ihn" bewilligt und bewirkt wird (RG 70, 353; KGJ 40,

259; RJA 12, 275). — Handelt es sich um eine Zwangshypothek (§ 867 ZPO) oder eine Arresthypothek (§ 932 ZPO), hinsichtlich deren Eintragung eine der in der ZPO für die Zwangsvollstreckung bzw. die Arrestvollziehung zwingend vorgeschriebenen Voraussetzungen (z. B. vollstreckbare Schuldtitel, Voraussetzungen für den Beginn der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 750ff., Einhaltung der Fristen des § 929 Abs 2, 3 für die Arrestvollziehung) fehlt, so kann daraus eine Eigentümergrundschuld nicht entstehen, weil die Hypothekeintragung überhaupt nichtig ist; insbesondere findet auch die Vorschrift des § 868 ZPO über Erwerb solcher Hypotheken durch den Eigentümer (vgl. hierüber § 1163 A 6) dann keine Anwendung (RJA 11, 244; 15, 245; KGJ 43, 251; 49, 239). Dies gilt auch, wenn eine solche Hypothek der Vorschrift des § 14 KO zuwider nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Grundstückseigentümers eingetragen worden ist (OLG 26, 158). — Dagegen wirkt eine Anfechtung der Hypothekbestellung gemäß §§ 29ff. KO oder auf Grund des Anfechtungsgesetzes nur zugunsten der Konkursgläubiger oder des anfechtenden Gläubigers und läßt im übrigen den Bestand der Hypothek unberührt (RG 24, 92; 47, 219; 70, 113; KGJ 39 A 227; Gruch 36, 1113). — Liegt die Voraussetzung rechtswirksamer Hypothekbestellung vor, so gelten die Vorschriften des § 1177 für alle Hypothekenarten, auch für Sicherungshypotheken, mit Ausnahme der Hypotheken für die im § 1178 bezeichneten Forderungen. Hierüber sowie über Anwendung des § 1177 auf Höchstbetragshypotheken vgl. § 1163 A 1. Hinsichtlich der Frage, ob § 1177 Abs 1 auf die vor Inkrafttreten des BGB entstandenen preußischrechtlichen Eigentümerhypotheken Anwendung findet vgl. einerseits KGJ 21 A 160; OLG 12, 289, anderseits RJA 1, 162. Über bayr. Hypothekenrecht, das die Eigentümerhypothek nicht kennt, vgl. in dieser Hinsicht OLG 31, 351.

2. **Eine Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht,** tritt hauptsächlich in den Fällen des § 1163 ein, also: wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt (§ 1163 Abs 1 Satz 1); wenn die Forderung erlischt (§ 1163 Abs 1 Satz 2); wenn bei der Briefhypothek der Brief dem Gläubiger nicht übergeben ist. Vgl. hierüber § 1163 A 1—7. Weitere Fälle sind: Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer oder des Eigentums durch den Gläubiger zufolge Übertragung oder Erbganges (RJA 5, 210; KGJ 20 A 318; 25 A 301; OLG 18, 177); Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek (§ 1168, s. dort A 2); Ausschließung des Gläubigers mit seinem Recht im Wege des Aufgebotsverfahrens (§ 1170, s. dort A 7); Erlassung eines als Befriedigung des Gläubigers geltenden Ausschlußurteils gemäß § 1171, wenn der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist (s. § 1171 A 5); Übergang der Gesamthypothek auf die Eigentümer sämtlicher belasteten Grundstücke in den Fällen des § 1172 Abs 1 (s. dort A 1), des Verzichts des Gläubigers gemäß § 1175 Abs 1 Satz 1 (s. dort A 2), der Ausschließung des Gläubigers mit seinem Recht gemäß § 1170 (§ 1175 Abs 2, s. dort A 4); Übergang von Arrest- oder Zwangshypotheken auf den Eigentümer gemäß § 868 ZPO (s. § 1163 A 1). — Dagegen entsteht keine Eigentümergrundschuld, wenn der Gläubiger auf den Versteigerungserlös, der auf seine durch den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren erloschene Hypothek entfällt, im Verteilungstermine verzichtet. Vgl. hierüber § 1168 A 1. Aus den dort dargelegten Gründen ist auch zu verneinen, daß eine Eigentümergrundschuld entsteht, wenn der Ersteher, der zugleich Hypothekengläubiger ist, den auf seine Hypothek entfallenden Betrag von dem zu zahlenden Versteigerungspreis in Abzug bringt. Die Hypothek ist durch den Zuschlag erloschen. Das Recht auf Befriedigung aus dem Erlös wird durch den Abzug wie durch Zahlung getilgt (str., a. M. RJA 2, 194). Wenn allerdings ein solcher Abzug nicht erfolgt, der Vollstreckungsrichter die Forderung gegen den Ersteher, der das Bargebot nicht berichtigt hat, auf diesen selbst als den Berechtigten gemäß § 118 Abs 1 ZVG überträgt und die Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 128 Abs 1 ZVG veranlaßt, wird diese, weil Forderung und Schuld in einer Person vereinigt sind, als Eigentümergrundschuld zu erachten sein (vgl. jedoch RJA 12, 274). Weiter entsteht eine Eigentümergrundschuld nicht, wenn der Ersteher mit dem Gläubiger, dessen Hypothek durch den Zuschlag erloschen sein würde, eine Vereinbarung über das Bestehenbleiben der Hypothek gemäß § 91 Abs 2 ZVG trifft. Die Hypothek bleibt vielmehr als solche für die ursprüngliche Forderung bestehen, die der Ersteher gemäß § 414 übernimmt (RJA 2, 152).

3. **Die Hypothek verwandelt sich in eine Grundschuld** kraft Gesetzes, ohne daß es der Eintragung des Eigentümers als Gläubigers der Grundschuld bedarf. Darüber, wer als der berechtigte Eigentümer in Betracht kommt, vgl. für die in A 2 genannten, einzelnen Fälle § 1163 A 4, 6, 7, § 1168 A 2, § 1170 A 7, § 1171 A 5, § 1172 A 1, § 1175 A 2. Die **rechtliche Natur der dem Eigentümer zufallenden Grundschuld** ist im allgemeinen die gleiche wie die der gewöhnlichen Grundschuld. Der Eigentümer hat die Befugnis zur Geltendmachung der Grundschuld als eines das Grundstück belastenden Rechtes und zur Verfügung über sie, einschließlich ihrer Aufhebung (Löschung, § 875), in gleicher Weise wie sonst ein Grundschuldgläubiger hinsichtlich seiner Grundschuld. Er kann sie als Grundschuld an einen

andern übertragen oder für einen andern belasten und sie auch gemäß § 1198 wieder in eine Hypothek umwandeln für eine neue Forderung; sie unterliegt anderseits der Pfändung seiner Gläubiger. Hierüber, sowie ob zur Verfügung seine vorherige Eintragung als Gläubiger erforderlich ist, welche Nachweise dem Grundbuchamt behufs Eintragung der Verfügung zu erbringen sind, und ob eine künftige Eigentümergrundschuld übertragen, verpfändet und gepfändet werden kann, vgl. § 1163 A 3, die Hauptfälle der Eigentümergrundschuld betreffend. Durch Veräußerung des Grundstücks geht der Eigentümer der Grundschuld nicht verlustig (vgl. § 1163 A 6). — Im Falle des Konkurses fällt sie gemäß § 1 KO in seine Konkursmasse (RG Warn 09 Nr 145). Dies gilt auch dann, wenn erst nach der Konkurseröffnung der Konkursverwalter durch Befriedigung des Gläubigers aus Mitteln der dem Gemeinschuldner gehörenden Masse die Forderung zum Erlöschen bringt (§ 1163 Abs 1 Satz 2, § 6 KO). Dagegen steht in anderen Fällen einer erst nach der Konkurseröffnung eintretenden Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum (z. B. wenn der Eigentümer den Gläubiger beerbt) die Grundschuld als neuer Erwerb dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung (vgl. RG 61, 41). — Kommt das Grundstück zur Zwangsversteigerung, so ist die Grundschuld, wenn sie dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgeht, gemäß § 44 ZVG in das geringste Gebot aufzunehmen und sie bleibt für den bisherigen Eigentümer (Vollstreckungsschuldner) gegenüber dem Ersteher als Grundstücksbelastung bestehen (RG 94, 9). Geht ihr der Anspruch des betreibenden Gläubigers vor und erlischt sie daher durch den Zuschlag gemäß §§ 52, 91 ZVG, so kann der auf sie entfallende Versteigerungserlös in Anspruch genommen werden von dem Eigentümer (Vollstreckungsschuldner) oder im Falle seines Konkurses von dem Konkursverwalter (RG 55, 264; 63, 216; 65, 418; 75, 316; 77, 296; 88, 305; Warn 09 Nr 145; auch RG 52, 5; JW 06, 424[9]; Warn 08 Nr 237; Gruch 31, 404; 44, 1214; 52, 1075), oder, wenn ein, sei es auch nur persönlicher, Gläubiger des ersteren die Grundschuld vor dem Zuschlag oder das Recht auf den Erlös nach dem Zuschlag gepfändet hat (über die Erfordernisse dieser beiden Pfändungsarten vgl. § 1154 A 1, § 1163 A 3), von dem Pfändungsgläubiger (RG 55, 264; 63, 216; 64, 216; 64, 311; 70, 279; 75, 316; JW 06, 387[13]). Nicht fällt der betreffende Erlösteil den nachstehenden Hypothekengläubigern oder sonst dinglich Berechtigten zu. Verzichten allerdings die genannten Empfangsberechtigten, insbesondere der etwa noch verfügungsberechtigte Eigentümer, auf den Erlösteil (im Verteilungstermin), so scheiden sie ebenso, wie wenn ein Hypothekengläubiger für seine Hypothek auf den Erlös verzichtet, aus dem Verteilungsverfahren aus und ist der Erlösteil unter die nachstehenden Berechtigten zu verteilen (vgl. hierüber § 1168 A 1). Abgesehen hiervon ist die Geltendmachung der Eigentümergrundschuld auch dann nicht unzulässig, wenn ihr Erwerb zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerks aus dem Grundbuch nicht ersichtlich war und das Recht nicht gemäß § 37 ZVG angemeldet ist; es genügt Nachweis des Bestehens der Eigentümergrundschuld bei der Kaufgelderverteilung (RG 77, 296; vgl. auch 73, 300). — Eine Einschränkung der Befugnis zur Geltendmachung der Grundschuld, solange sich diese in der Hand des Eigentümers befindet (RG 60, 363), ergibt sich jedoch aus § 1197. Danach kann der Eigentümer nicht selbst die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben und gebühren ihm Zinsen von der Grundschuld nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung, also nur, wenn ihm, wie es hierdurch geschieht (§§ 20—24, 148 ZVG), die Einkünfte aus dem Grundstück entzogen sind (RG 60, 362). Dies gilt auch zugunsten der Inhaber der die Grundschuld etwa belastenden Rechte (z. B. eines Nießbrauchers, eines Pfandgläubigers). Daher kann z. B. derjenige, dem die Grundschuld vom Eigentümer verpfändet worden ist, ebensowenig wie der Eigentümer selbst Zinsen aus dem Zwangsversteigerungserlöse beanspruchen (RG 60, 359). Ist zugleich die Zwangsverwaltung eingeleitet, so kann er sich wegen der Zinsen auch nur an die Zwangsverwaltungsmasse halten, nicht an den Versteigerungserlös (RG 60, 362). — Sodann zeigen sich auch Unterschiede der Eigentümergrundschuld von der Grundschuld, die als solche von vornherein bestellt worden ist, insofern, als die erstere gewisse Rechtsverhältnisse der Hypothek, aus der sie entstanden ist, zu sich herübernimmt (vgl. RG 70, 357, KGJ 29 A 181). Je nachdem die Hypothek Briefhypothek oder Buchhypothek war, ist auch die Eigentümergrundschuld Briefgrundschuld oder Buchgrundschuld. Ferner bleiben nach § 1177 Abs 1 Satz 2 in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts die Bestimmungen maßgebend, die für die durch die Hypothek ursprünglich gesicherte Forderung getroffen waren. Vgl. hierüber A 4. — Im übrigen ist freilich die Eigentümergrundschuld ebenso wie eine andere Grundschuld von einer Forderung losgelöst, insbesondere auch von der durch die Hypothek gesichert gewesenen Forderung, selbst wenn diese, wie z. B. im Falle des Verzichts auf die Hypothek (s. § 1168 A 1), nach der Umwandlung der Hypothek in die Grundschuld noch in der Hand des bisherigen Gläubigers bestehen bleibt. Daher können dem Berechtigten oder

dessen Rechtsnachfolger, sofern nicht § 1177 Abs 1 Satz 2 Platz greift, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden nicht gemäß § 1137 entgegengesetzt werden. — Die Umwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld tritt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind, mit Notwendigkeit ein. Sie kann durch Parteivereinbarung nicht ausgeschlossen werden. Jedoch ist, in Anbetracht der Vertragsfreiheit auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse, wie auch durch § 1179 bestätigt wird, die Übernahme der Verpflichtung seitens des Eigentümers, die ihm etwa zufallende Grundschuld nicht für sich geltend zu machen, sondern sie zur Löschung zu bringen, zugunsten eines andern zulässig und wirksam (RG 52, 5; OLG 10, 425; z. B. zugunsten: eines nachstehenden Hypothekengläubigers; auch des Gläubigers der betreffenden Hypothek selbst, wenn er, wie bei einer Hypothek für ein Baugelddarlehn, mit Rücksicht auf etwaige teilweise Nichtentstehung der Forderung, ein besonderes Interesse an der Löschung hat). Allerdings nur im Verhältnisse zwischen den Beteiligten persönlich. Gemäß § 1179 kann aber der Anspruch auf Löschung durch Eintragung einer Vormerkung mit Wirksamkeit gegen Dritte versehen werden. Über die Wirkung der Vereinbarung im Falle des Konkurses des Eigentümers vgl. RG JW 06, 424[9]; 08, 200[15]. Eine der Ausschließung der Umwandlung gleiche Wirkung könnte auch dadurch **herbeigeführt werden, daß die Hypothek unter der Bedingung ihres Erlöschens** (auflösenden Bedingung, s. § 1113 A 2) im Falle des Eintritts der Voraussetzungen für die Entstehung der Eigentümergrundschuld (z. B. des Erlöschens der Forderung) bestellt würde (KGJ 46, 237). Über den Fall, daß die Hypothek für das Zinsrecht (für sich allein) unter der auflösenden Bedingung des Erlöschens der Hauptforderung bestellt worden ist, vgl. § 1178 A 3. — Über Fälle, in denen aus gesetzlicher Bestimmung sich ergibt, daß die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person und daher die Verwandlung der Hypothek in eine Grundschuld nur eine bedingte oder befristete ist und bei Eintritt der Bedingung oder des Endtermins der frühere Rechtszustand kraft Gesetzes wieder eintritt, vgl. §§ 1976, 1991 Abs 2, 2143, 2175, 2377; insbesondere ergibt sich aus § 2143, daß, wenn der Hypothekengläubiger Vorerbe des Grundstückseigentümers und zugleich persönlicher Schuldners wird, zwar zunächst die Forderung erlischt und die Hypothek zur Eigentümergrundschuld wird, daß aber beim Eintritt des Nacherbfalles kraft Gesetzes die Forderung wieder auflebt und die Grundschuld wieder zur Hypothek wird (vgl. OLG 34, 29).

4. **Die für die Forderung getroffenen Bestimmungen in Ansehung der Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen bleiben maßgebend** auch dann, wenn die Grundschuld nicht mehr dem Eigentümer zusteht, sondern auf einen andern übergegangen ist (vgl. KGJ 46, 235). Soweit solche Bestimmungen, gleichviel, ob sie rechtsgeschäftliche oder gesetzliche sind, in Frage kommen, ist es so anzusehen, als ob die Forderung noch fortbestünde und durch die Grundschuld gesichert sei (M 3, 734). In dieser Beziehung können dem die Grundschuld geltend machenden Berechtigten (dem Eigentümer oder dessen Rechtsnachfolger) auch Einreden gemäß § 1137 entgegengesetzt werden. Zinsen gebühren aber dem Eigentümer nach § 1197 Abs 2 nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung. Überträgt er jedoch die Grundschuld als solche oder unter Umwandlung in eine Hypothek (§ 1198) auf einen anderen, so gebühren diesem auch die Zinsen, sofern ihm solche übertragen worden sind (KGJ 46, 235). — Über Zulässigkeit des Vorbehalts der Grundschuld für das Zinsrecht im Falle der Abtretung der Grundschuld unter ihrer Umwandlung in eine Hypothek für die Forderung des neuen Gläubigers vgl. § 1158 A 3. — Die für die gewöhnliche Grundschuld hinsichtlich der Kündigung und des Zahlungsorts in den §§ 1193, 1194 gegebenen Vorschriften gelten für die Eigentümergrundschuld nicht. Aus § 1177 Abs 1 Satz 2 ergibt sich also ein Unterschied zwischen der Eigentümergrundschuld und der gewöhnlichen Grundschuld (s. A 3).

5. Der Hauptfall, in dem bei der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person **dem Eigentümer auch die Forderung zusteht**, ist der des § 1143, also wenn der Eigentümer, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger befriedigt. Weitere Fälle sind: wenn der Gläubiger die Hypothek als solche an den nicht persönlich haftenden Eigentümer abtritt (RJA 5, 212; KGJ 21 A 181); wenn der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger beerbt (§§ 1922, 1942); wenn der Gläubiger, dem die Forderung gegen einen Dritten zusteht, das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Vgl. ferner § 1171 A 5 (Ausschlußurteil, als Befriedigung des Gläubigers wirkend), § 1173 A 3, 7 (Befriedigung des Gesamthypothekengläubigers durch einen der Eigentümer).

6. Da **die Rechte des Eigentümers aus der Hypothek sich, solange die Vereinigung besteht, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften bestimmen,** finden auf diese Hypothek des Eigentümers die Vorschriften des § 1197 in gleicher Weise wie auf die Eigentümergrundschuld des Abs 1 Anwendung (s. A 3). Dies gilt auch hinsichtlich des Nießbrauchers oder des Pfandgläubigers, für die der Eigentümer an der Eigentümerhypothek einen Nießbrauch oder ein Pfand bestellt hat (RG 60, 350). — Im übrigen aber ist sie eine wirkliche Hypothek für die ursprüngliche Forderung. Der Eigen-

tümer kann sie als Hypothek auf seinen Namen umschreiben lassen und sie als Hypothek (ohne vorherige Umwandlung) an einen Dritten übertragen (KGJ 30 A 233; OLG 34, 29). Anderseits können ihm die Einreden aus § 1137 auf Grund des persönlichen Schuldverhältnisses entgegengesetzt werden, wenn er nach Veräußerung des Grundstücks gegen den gegenwärtigen Eigentümer die dingliche Klage erhebt. Hat er die Forderung mit der Hypothek kraft Gesetzes erlangt (wie in den Fällen des § 1143 und des Erwerbs durch Erbgang), so steht ihm den Einreden gegenüber der Schutz des § 1138 nicht zur Seite.

§ 1178

Die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen[1]) sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind[2]), erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt[3]). Das Erlöschen tritt nicht ein, solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht[4]).

Zum Verzicht auf die Hypothek für die im Abs 1 bezeichneten Leistungen genügt die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Eigentümer. Solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht, ist die Zustimmung des Dritten erforderlich. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich[5]).

E I 1091, 1101 II 1085; M 3 720, 735; P 3 614; 4 605; 6 245.

1. Die Hypothek für die Zinsen folgt den gleichen Regeln wie die Hypothek für die Kapitalforderung, soweit nicht durch besondere Vorschriften (vgl. §§ 1158, 1159) etwas anderes bestimmt ist (RG 72, 364; Warn 1915 Nr 85). Zu den besonderen Vorschriften gehört die des § 1178. — **Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen** sind im Sinne des § 1178 solche Zinsen usw., die zur Zeit der Vereinigung der hierfür bestehenden Hypothek mit dem Eigentum (Abs 1) oder zur Zeit des Verzichts (Abs 2) bereits fällig sind in dem Sinne, daß der Termin für ihre Fälligkeit vorübergegangen ist, ohne daß der Anspruch auf sie getilgt wurde oder sonst erlosch (s. § 1159 A 1, RG 91, 301; JW 1911, 953[30]). Hinsichtlich der erst später fällig werdenden Zinsen usw. gelten die allgemeinen Vorschriften über Entstehung einer Eigentümerhypothek aus einer Hypothek (s. A 3) und über Verzicht auf eine Hypothek (s. A 5). Jedoch gebühren dem Eigentümerhypothekar während der Vereinigung auch die später fällig werdenden Zinsen nur nach Maßgabe des § 1197 Abs 2 (s. § 1177 A 3). — Ob es sich um vertragsmäßige Zinsen handelt (s. § 1115 A 5) oder um gesetzliche, für die nach § 1118 die Hypothek kraft Gesetzes haftet (s. § 1118 A 2), macht für die Anwendung des § 1178 keinen Unterschied. — Über andere Nebenleistungen s. § 1115 A 6. Tilgungsbeiträge bei Amortisationshypotheken gehören zu den Nebenleistungen nicht (s. § 1115 A 6). Sie sind, auch wenn sie rückständig sind, der Eigentümerhypothek zugänglich (vgl. hierüber § 1163 A 1), und hinsichtlich des Verzichts auf sie findet Abs 2 keine Anwendung (s. A 5).

2. Unter den **Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind,** sind nicht, wie es nach dem Wortlaute scheint, alle Kosten zu verstehen, auf deren Erstattung aus dem Grundstück der Gläubiger Anspruch hat (s. § 1118 A 3), sondern nur diejenigen Kosten, für die das Grundstück gemäß § 1118 kraft Gesetzes ohne besondere Bewilligung und Eintragung haftet (s. § 1118 A 1), also Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung (s. § 1118 A 4, 5). Andere Kosten, die eintragungsbedürftig sind, gelten, auch wenn sie bei der Eintragung ihrem Schuldgrunde nach als Kosten bezeichnet sind, im Sinne des Gesetzes, wie sich aus dem Zusammenhalte mit §§ 1118, 1145 Abs 2 Satz 2, 1159 Abs 1 Satz 2, 1160 Abs 3 ergibt, überhaupt nicht als „dem Gläubiger (stets) zu erstattende Kosten", sondern sind besonders begründete Forderungen, die nur insofern nicht völlig selbständig sind, als sie in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu der Hauptforderung stehen (vgl. M 3 S. 714, 720, 735; RJA 7, 127). Deshalb auch findet § 1178 keine Anwendung, gelten vielmehr die allgemeinen Vorschriften über Entstehung einer Eigentümerhypothek, wenn auf Grund besonderer Eintragungsbewilligung ein Höchstbetrag für Kostenforderungen bei der Hypotheeintragung ausgeworfen oder eine gesonderte Höchstbetragshypothek gemäß § 1190 für Kostenforderungen eingetragen worden ist, mögen auch zu den Kostenforderungen die des § 1118 gehören (str.; vgl. RJA 7, 127; a. M. OLG 4, 160; 12, 292). Vgl. bezüglich der Zinsen- und Kostenkautionshypotheken des früheren Rechtes, die nach Inkrafttreten des BGB und Anlegung des Grundbuchs gemäß Art 192 EG als Höchstbetragshypotheken im Sinne des § 1190 gelten, RG 61, 375; Warn 1915 Nr 85; anderseits OLG 12, 293, ferner Art 194 EG sowie RGes. betr. die Überleitung von Hypotheken des früheren Rechtes v. 17. 3. 06.

3. Die Vorschrift, daß **die Hypothek** für die im Abs 1 Satz 2 bezeichneten Forderungen **erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt** (über die Fälle der Vereinigung s. § 1177 A 2; namentlich also im Falle der Tilgung der Zinsrückstände oder der Kostenforderung), enthält eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 889 sowie von den im § 1177 gegebenen Vorschriften über die Wirkungen der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person (RG 72, 365; JW 1911, 953[30]). Die Hypothek, die bis zu der Vereinigung für die Rückstände an Zinsen usw. besteht (RJA 12, 147), wird aufgehoben, ohne daß es der Löschung bedarf. Sie kann daher Gegenstand einer Eigentümerhypothek nicht sein. (RG 88, 164). Über die Frage, ob mit Rücksicht hierauf bei einer Hypothek für Zinsrückstände eine Rangänderung mit dinglicher Wirkung nach § 880 ohne Eintragung (§ 880 Abs 2 Satz 1) und ohne Zustimmung des Eigentümers (§ 880 Abs 2 Satz 2) möglich ist, vgl. § 1159 A 2. — Dagegen bleibt eine Hypothek für Zinsen und andere Nebenleistungen sowie für Kosten, die nicht unter die Vorschrift fallen (s. A 1, 2), trotz ihrer Vereinigung mit dem Eigentum bestehen, und zwar je nach der Sachlage entweder nach § 1177 Abs 1 als Eigentümergrundschuld oder nach § 1177 Abs 2 als Hypothek des Eigentümers. Hinsichtlich der Wirkung der Vereinigung ist es sowohl bezüglich der unter § 1178 fallenden Forderungen als auch bezüglich der zuletzt genannten Nebenforderungen gleichgültig, ob die ganze Hypothek mit dem Eigentum vereinigt wird, oder ob die Vereinigung nur in Ansehung der betreffenden Nebenforderungen eintritt. Insbesondere kann, wie sich auch aus § 1145 Abs 2 ergibt, die Hypothek für noch nicht fällige Zinsen, das Zinsrecht, sowie für noch nicht fällige andere Nebenforderungen für sich allein zur Eigentümerhypothek werden, während die Hypothek für die Hauptforderung bei dem bisherigen Gläubiger verbleibt (z. B. wenn der Gläubiger gemäß § 1168 auf das Zinsrecht verzichtet). Die Zinsforderung oder andere Nebenforderung ist allerdings von dem Bestehen der Hauptforderung abhängig. Aber die Hypothek für sie ist ebenfalls eine hypothekarische Belastung des Grundstücks für eine Forderung und die Entstehung der Eigentümerhypothek aus einer Hypothek hat überhaupt nicht zur Voraussetzung, daß die gesicherte Forderung besteht (str.; RG 72, 365; 74, 81; RJA 7, 129; KGJ 42, 270; 49, 218; 49, 221; 51, 290). Erlischt die Hypothek für die Hauptforderung, so erlischt zufolge der Abhängigkeit (s. § 1158 A 3) auch die etwa aus der Hypothek für das Zinsrecht oder das Nebenleistungsrecht für sich allein entstandene Eigentümergrundschuld, auch wenn sie einem anderen als dem Gläubiger der Haupthypothek zusteht (vgl. RG 74, 81; KGJ 42, 270; 49, 218). Vgl. auch § 889 A 1 darüber, daß das Zinsrecht nicht erlischt, wenn der Grundstückseigentümer den Nießbrauch an einer auf seinem Grundstück eingetragenen verzinslichen Hypothek erlangt, und daß, wenn die Ehefrau oder ein Kind des Grundstückseigentümers eine auf dem Grundstück eingetragene verzinsliche Hypothek erwirbt, trotz des Nutznießungsrechtes des Ehemannes bzw. Vaters das Zinsrecht und die Zinsrechtshypothek für die Ehefrau bzw. das Kind bestehen bleiben (dagegen erlischt, wenn der Ehemann bzw. Vater persönlicher Schuldner der Zinsforderung ist, die Hypothek jeweils für Zinsrückstände nach § 1178 Abs 1 Satz 1, da der Ehemann bzw. Vater gemäß § 1383 bzw. § 1652 diese Zinsen erwirbt, daher die Zinsforderung durch Vereinigung von Forderung und Schuld in seiner Person erlischt und mithin die Hypothek für diese Zinsen sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt; deshalb wird z. B., wenn die Hypothek mit Zinsen von der Ehefrau an einen Dritten abgetreten wird, von diesem die Hypothek für Zinsrückstände nicht erworben; auf den Glauben des Grundbuchs kann er sich nach § 1159 nicht berufen; OLG 34, 216). Die Hypothek für das Zinsrecht kann auch ebenso wie die Hypothek für die Hauptforderung (s. § 1113 A 2) unter einer aufschiebenden oder einer auflösenden Bedingung bestellt werden (KGJ 46, 237). Wird z. B. als auflösende Bedingung das Erlöschen der Hauptforderung gesetzt, so hat der Eintritt der Bedingung (Erlöschen der Hauptforderung) die rechtliche Folge, daß die Eigentümergrundschuld, in die sich die Hypothek für die Hauptforderung nach § 1163 Abs 1 Satz 2, § 1177 Abs 1 Satz 1 umwandelt (anders wie sonst nach § 1177 Abs 1 Satz 2), eine unverzinsliche ist (KGJ 46, 237). Eine solche Bedingung ist z. B. als gesetzt anzusehen bei Amortisationshypotheken hinsichtlich der Zinsen der gezahlten Amortisationsbeiträge, wenn die in Prozenten des Kapitals festgesetzten, Zinsen und Amortisationsbeiträge umfassenden Jahresleistungen bis zur vollständigen Tilgung des Kapitals von dessen vollem ursprünglichen Betrage zu entrichten sind (str., KGJ 46, 236; der Meinung, es gelte der Zinssatz auch für die Grundschuld über die getilgten Beträge, steht entgegen, daß eine Erweiterung der Zinspflicht einträte, da bei der Resthypothek die Pflicht zur Zinszahlung für das ganze ursprüngliche Kapital bestehen bleibt). — Über die Zulässigkeit und die Erfordernisse der Übertragung und der Pfändung der Hypothek für noch nicht fällige Zinsen (das Zinsrecht) s. § 1158 A 3. — Erlischt die Hypothek infolge Zuschlags in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks gemäß § 91 ZVG, so tritt, ebenso wie bei der Hypothek für das Kapital (vgl. hierüber § 1147 A 4), an die Stelle der Hypothek für die Zinsen das Recht auf Befriedigung aus dem vom Ersteher zu zahlenden Versteigerungserlös. War die Hypothek einem Dritten verpfändet, so ergreift nunmehr (nach dem Surrogationsgrundsatz) das Pfandrecht dieses Befriedigungsrecht (RG Gruch

59, 131). — Befriedigt der persönliche Schuldner, der nicht zugleich Grundstückseigentümer ist, den Gläubiger wegen der Rückstände an Zinsen usw., und kann er vom Eigentümer Ersatz verlangen, so erlischt in Höhe des Ersatzanspruchs die Hypothek für die Rückstände nicht, da insoweit eine Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person nicht stattfindet und daher § 1178 nicht Platz greift, vielmehr geht diese Hypothek insoweit als Hypothek für den Ersatzanspruch gemäß § 1164 (s. dort A 3) auf den persönlichen Schuldner über (str., OLG 31, 128).

4. **Ein den Eintritt des Erlöschens der Hypothek hinderndes Recht eines Dritten** an dem Anspruch auf rückständige Zinsen usw. oder auf Kosten ist z. B. ein Nießbrauchsrecht, ein Pfandrecht. Die Hypothek für diese Forderungen bleibt, solange das Recht des Dritten besteht, trotz ihrer Vereinigung mit dem Eigentum bestehen, und zwar für den Eigentümer. Hört das Recht auf (z. B. der Nießbrauch nach § 1061 oder §§ 1063, 1064 mit 1068, 1072; das Pfandrecht nach §§ 1252ff. mit §§ 1273, 1278), so erlischt das hypothekarische Recht des Eigentümers ohne weiteres. — Wenn der Verwalter im Konkurse des Eigentümers den Hypothekengläubiger befriedigt, geht die Hypothek für das Kapital auf den Gemeinschuldner über; die Hypothek für rückständige Zinsen und Kosten aber erlischt. Weder der Verwalter, auf den nur die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bezüglich des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens des Gemeinschuldners (nach § 6 KO) übergegangen ist, noch die Konkursgläubiger, denen ein Pfandrecht an der Konkursmasse nicht zusteht, haben ein das Erlöschen der Zinsen- und Kostenhypothek hinderndes Recht im Sinne des Abs 1 Satz 2 (OLG 9, 378).

5. Da die Rückstände von Zinsen usw. sowie die Kosten des Abs 1 aus dem Grundbuche nicht ersichtlich sind (s. A 1, 2), daher eine Eintragung des Verzichts sowie eine Verzichtserklärung gegenüber dem Grundbuchamte gemäß § 1168 Abs 2 nicht in Betracht kommen kann, bestimmt Abs 2 Satz 1 in Abweichung von § 1168 Abs 2 (s. RJA 12, 149), daß **zum Verzicht auf die Hypothek für diese Leistungen die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Eigentümer genügt.** Die Erklärung bedarf keiner Form. Die Wirkung des Verzichts ist nach § 1168 Abs 1, daß der Eigentümer die Hypothek erwirbt, jedoch nach § 1178 Abs 1 Satz 1 mit der Folge, daß die Hypothek erlischt, ohne daß es der Löschung im Grundbuch bedarf. Jedoch ist, **solange einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht** (s. A 4), **die Zustimmung des Dritten** zu dem Verzichte des Gläubigers **erforderlich.** Da auch hier eine Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte nicht in Betracht kommen kann, bestimmt Abs 2 Satz 3, in Abweichung von § 876 Satz 3, **daß die Zustimmung demjenigen gegenüber zu erklären ist, zu dessen Gunsten sie erfolgt.** Nach § 183 würde die vor dem Verzicht abgegebene Zustimmungserklärung noch bis zur Verzichtserklärung widerruflich sein. Um dies auszuschließen, wird im Abs 2 Satz 3 **die Zustimmung** für **unwiderruflich** erklärt. Die Unwiderruflichkeit der Verzichtserklärung versteht sich von selbst (§ 130 Abs 1). — Ein Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek für Zinsen usw. oder Kosten, die nicht unter Abs 1 Satz 2 fallen (s. A 1, 2), bedarf gemäß der Regel des § 1168 Abs 2 der Eintragung (z. B. ein Verzicht auf das Zinsrecht). Jedoch wird es sich in Wirklichkeit meistens nicht um einen Verzicht, sondern um teilweise Aufhebung der Hypothek handeln (s. über den Unterschied § 1168 A 1), so z. B. im Falle der Herabsetzung des Zinsfußes (s. § 1119 A 3). Dann kommen die Vorschriften der §§ 875, 1183 zur Anwendung (**RG** 72, 365; RJA 4, 168; OLG 10, 89).

§ 1179

Verpflichtet sich[1]) der Eigentümer[2]) einem anderen gegenüber[3]), die Hypothek[4]) löschen zu lassen[5]), wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt[6]), so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung[5]) eine Vormerkung[7]) in das Grundbuch eingetragen werden[8]).

E II 1086; P 3 605 ff.

1. Aus den Worten **„verpflichtet sich"** folgt, daß die Verpflichtung des Eigentümers stets durch Vertrag begründet sein muß. Ist dem Eigentümer z. B. bei einer Zuwendung durch letztwillige Verfügung eine Verpflichtung der hier fraglichen Art zugunsten eines Dritten auferlegt, so kann nicht unmittelbar auf Grund der letztwilligen Verfügung eine Vormerkung eingetragen werden, vielmehr muß der Eigentümer zuvor in Erfüllung der Anordnung sich dem Begünstigten gegenüber vertraglich verpflichten (str.). — Der Vertrag bedarf keiner Form. Er kann sowohl bei Bestellung der betreffenden Hypothek als auch später (z. B. wenn bei der Veräußerung des Grundstücks oder bei der Übertragung eines Nachlaßgrundstücks an einen der Miterben eine nachstehende Hypothek eingetragen wird, Prot 3, 606) geschlossen werden.

2. Der **Eigentümer** als solcher muß der sich Verpflichtende sein. Ist die Hypothek auf ihn bereits übergegangen, so kommt er nicht mehr als Eigentümer, sondern als Gläubiger

in Betracht. Dann greift nicht die Sondervorschrift des § 1179, sondern § 883 Platz, so daß bezüglich der Hypothek Vormerkungen einer jeden, in den Rahmen dieser Regelvorschrift fallenden Art (z. B. für den Anspruch auf bedingte Aufhebung, auf Übertragung, Belastung, Rangänderung) zulässig sind. Die Bedeutung des § 1179 besteht gerade darin, daß die Eintragung einer Vormerkung (auf Löschung) gegen den Eigentümer zugelassen wird, wiewohl ihm ein Recht an der von der Vormerkung betroffenen Hypothek noch nicht zusteht (Prot 3, 607; RJA 3, 131; s. A 4, 5).

3. Die Verpflichtung wird **einem andern gegenüber** nicht nur dann übernommen, wenn der Begünstigte, wie in der Regel, ein gleich- oder nachstehender Hypothekengläubiger ist, sondern (nach dem allgemeinen Wortlaute des Gesetzes) auch, wenn die Verpflichtung zugunsten desjenigen, der ein nachstehendes Recht am Grundstück erst erwerben will (RJA 3, 129), oder überhaupt eines Dritten, der am Grundstücke noch nicht dinglich berechtigt ist (RG 63, 154; RJA 3, 129; 7, 143), eingegangen wird. Ferner kann der Begünstigte auch der Gläubiger der von der Verpflichtung betroffenen Hypothek selbst sein; daß der „andere" nicht nur ein anderer als der Eigentümer, sondern auch ein anderer als der Hypothekengläubiger sein muß, ist nach der Fassung des Gesetzes nicht anzunehmen. Auch der Gläubiger der Hypothek kann ein Interesse an der Löschungsvormerkung haben, z. B. im Falle teilweisen Erlöschens der Hypothekenforderung (vgl. RG 52, 8; RJA 11, 73; 11, 146; SeuffA 58 Nr 143; KGJ 42, 316; OLG 26, 165). Streitig ist, ob eine Löschungsvormerkung auch zugunsten des „jeweiligen" Gläubigers einer (nachstehenden) Hypothek zulässig ist. Diese Frage, für deren Entscheidung nicht die Grundsätze des Sachenrechts, sondern die des Rechtes der Schuldverhältnisse maßgebend sind, ist unter Berücksichtigung der §§ 328ff. und in Anbetracht der Vertragsfreiheit auf dem Gebiete des Rechtes der Schuldverhältnisse in dem Sinne zu bejahen, daß der gegenwärtige Hypothekengläubiger mit dem Eigentümer rechtswirksam vereinbaren kann, der Löschungsanspruch solle zunächst ihm zustehen, für den Fall aber, daß die Hypothek auf einen andern übergehe und dann der Anspruch noch nicht inzwischen durch eine Verfügung des jeweils Berechtigten erloschen sei, solle der Anspruch für den andern ausschließlich und aus eigenem Rechte gegeben sein (vgl. RG Gruch 54, 1026; RJA 7, 142; vgl. auch RG 63, 152). So aufgefaßt ist durch die Vereinbarung nicht etwa die Hypothek als die Anspruchsberechtigte bestimmt, so daß die Unzulässigkeit der Begründung eines subjektiv-dinglichen Anspruchs entgegenzuhalten wäre (vgl. RJA 7, 68), sondern der Dritte, der durch das Gläubigerrecht an der Hypothek bestimmt wird, ist der Anspruchsberechtigte deswegen, weil die Vereinbarung im voraus auch zu seinen Gunsten getroffen worden ist. — Der Anspruch hat einen Vermögenswert und ist seiner Natur nach nicht an die Person des Berechtigten gebunden. Er kann daher mit der Vormerkung auch auf einen andern übertragen werden (RG 52, 11; RJA 7, 145). Ist der Gläubiger einer Hypothek der Berechtigte, so wird im Falle der Übertragung der Hypothek, wenn auch die Löschungsvormerkung nicht ein Nebenrecht der Hypothekenforderung im Sinne des § 401 ist, doch die Mitübertragung der Rechte aus der Vormerkung als gewollt und stillschweigend erklärt anzusehen sein, sofern nicht ein ausdrücklicher Vorbehalt gemacht worden ist (vgl. RJA 7, 145; KGJ 43, 256; OLG 26, 169). Dagegen ist, wenn der zugleich aus der Vormerkung berechtigte Hypothekengläubiger einer andern Hypothek vor seiner Hypothek den Vorrang einräumt, daraus allein, ohne ausdrückliche Erklärung, nicht die Abtretung der Rechte aus der Vormerkung an den andern Hypothekengläubiger zu entnehmen; denn regelmäßig wird es nicht im Willen des vormerkungsberechtigten Hypothekengläubigers liegen, außer seiner besseren Rangstellung auch noch seine Rechte aus der Vormerkung zugunsten des andern Hypothekengläubigers aufzugeben (OLG 26, 169). — Nur für natürliche oder juristische Personen kann eine Löschungsvormerkung eingetragen werden, daher nicht für eine Behörde (z. B. eine Fideikommißbehörde), die als solche keine juristische Persönlichkeit hat (OLG 36, 168).

4. Nur bezüglich einer **Hypothek** (und also gemäß § 1192 auch bezüglich einer Grundschuld, vgl. § 1192 A 1 Abs 2), läßt das Gesetz die Löschungsvormerkung zu. Über ihre Zulässigkeit auch bei Hypotheken für Schuldverschreibungen auf den Inhaber vgl. § 1187 A 2. Auf andere Rechte findet die Sonderbestimmung des § 1179 keine Anwendung. Ein Anspruch auf ihre Löschung (Aufhebung) kann nur nach Maßgabe der Regelvorschrift des § 883 durch Vormerkung gesichert werden (OLG 6, 124). Eine Vormerkung (z. B. auf Einräumung einer Hypothek) fällt auch nicht einmal unter diese Regelvorschrift, da sie überhaupt kein Recht am Grundstück ist (OLG 6, 123; vgl. § 883 A 8). — Die Hypothek muß ferner schon bestehen oder doch gleichzeitig mit der Eintragung der Vormerkung bestellt werden (s. A 1; KGJ 23 A 154). Eine künftig erst einzutragende Hypothek ist keine „Hypothek". Daß ein Anspruch auf Löschung gegen den Eigentümer durch Vormerkung gesichert werden kann, wiewohl dem Eigentümer noch kein Recht an der Hypothek zusteht, ist eine Ausnahmebestimmung (s. A 2, 5), die nicht auf einen Fall ausgedehnt werden darf, in dem die betreffende Hypothek überhaupt noch nicht eingetragen ist (vgl.

KGJ 23 A 154). — Auf eine einzelne Hypothek braucht die Löschungsvormerkung nicht beschränkt zu sein. Vielmehr kann sie selbstverständlich auch bezüglich mehrerer oder aller eingetragenen Hypotheken gleichzeitig begründet werden. — Hinsichtlich der Hypotheken des früheren Rechtes und für die Übergangszeit vgl. Artt 192, 194 EG und KGJ 20 A 206; 23 A 146.

5. Der Eigentümer muß sich verpflichtet haben, die Hypothek **löschen zu lassen.** Nur für den Anspruch auf Löschung gestattet § 1179 die Eintragung einer Vormerkung. Die Vorschrift betrifft nicht etwa nur einen im Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen besonders hervorgehobenen Fall des § 883, sondern ist, wie bereits in A 2, 4 bemerkt worden ist, eine Ausnahme von der Regelvorschrift des § 883 insofern, als sie die Eintragung einer Vormerkung unter Voraussetzungen zuläßt, die nach § 883 eine solche Eintragung nicht rechtfertigen würden (str.; **RG** 72, 277; 84, 81; a. M. RJA 3, 129; 8, 156; KGJ 26 A 161; 33 A 284; OLG 10, 245). Insbesondere ist der Anspruch auf Löschung nicht ein künftiger oder bedingter Anspruch auf Aufhebung der Hypothek im Sinne des § 883 Abs 1 (str.; **RG** 84, 81; a. M. KGJ 33 A 284). Ein solcher Anspruch kann nur dann gegeben sein, wenn die Hypothek, auf deren Aufhebung der Anspruch künftig oder bedingt bestehen soll, bereits dem gegebenenfalls Verpflichteten zusteht; denn § 883 Abs 1 erfordert, daß der zu sichernde Anspruch, mag er auch ein zukünftiger oder bedingter sein, ein Recht am Grundstück, also ein für den Verpflichteten bestehendes Recht am Grundstück betrifft (str.; **RG** 84, 81; RJA 13, 152; OLG 15, 333; vgl. auch § 1163 A 3; a. M. KGJ 33 A 281; jetzt beitretend auch KGJ 45, 270 unter Aufgabe des letzteren Beschlusses). Demnach ist aus dem lediglich einen Löschungsanspruch betreffenden § 1179 nichts dafür zu entnehmen, daß auch andere Ansprüche bezüglich einer Hypothek gegen den Eigentümer, schon bevor er ein Recht auf die Hypothek erlangt hat, nach § 883 (der allein in Frage kommen kann) durch Vormerkung gesichert werden können. Vielmehr sind solche Ansprüche (z. B. auf Abtretung, Änderung des Inhalts, Belastung mit einem Pfandrecht, Unterlegung einer andern Forderung für den Fall der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum) nach vorstehendem von der Vormerkungssicherung ausgeschlossen (str.; **RG** 72, 274; 84, 81; vgl. Warn 08 Nr 272; Gruch 53, 1123; a. M. KGJ 25 A 166; 33 A 280; jetzt beitretend auch KGJ 45, 270 unter Aufgabe des letzteren Beschlusses). Fraglich ist, ob nicht § 1179 selbst (im Gegensatze zu § 883) im Falle eines Anspruchs auf Einräumung des Vorrangs, insbesondere zugunsten einer Nachhypothek, entsprechend anzuwenden ist, weil es sich dabei um teilweise Löschung handle (vgl. **RG** 72, 277). Jedoch ist auch dies zu verneinen, da die Rangänderung einer Inhaltsänderung oder einer Übertragung näher steht als einer Löschung (s. § 880 A 2) und auch die Wirkungen, namentlich beim Vorhandensein von Zwischenrechten, wesentlich andere sind (s. § 880 A 2), z. B. die Erfüllung des gesicherten Anspruchs bei der Löschungsvormerkung zur Beseitigung der betroffenen (künftigen) Eigentümergrundschuld aus dem Grundbuch führt, während sie bei einer Rangrücktrittsvormerkung nur die Änderung des Ranges der Eigentümergrundschuld zur Folge haben würde, und im Falle der zwangsweisen Versteigerung des belasteten Grundstücks der auf die Eigentümergrundschuld entfallende Versteigerungserlös dem aus einer Löschungsvormerkung für eine nachstehende Hypothek Berechtigten nur insoweit zufiele, als er nicht zur Deckung von Zwischenrechten erforderlich wäre, während der aus einer Rangrücktrittsvormerkung Berechtigte an der Stelle der Eigentümergrundschuld den Erlös für sich liquidieren könnte (**RG** 84, 78; a. M. RJA 13, 152). — An sich ist aber mit Rücksicht auf den das Recht der Schuldverhältnisse beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit in allen vorgenannten Fällen die Begründung eines Anspruchs gegen den Eigentümer zulässig, wiewohl er noch nicht Gläubiger der Hypothek ist. Jedoch hat ein solcher (durch Vormerkung nicht zu sichernder oder trotz Zulässigkeit nach § 1179 nicht gesicherter) Anspruch nur im Verhältnisse zwischen den Vertragschließenden (schuldrechtliche), nicht auch gegenüber Dritten (dingliche) Wirkung (**RG** Gruch 54, 160). Wird über das Vermögen des Verpflichteten, nachdem die Hypothek auf ihn übergegangen ist, der Konkurs eröffnet, so ist der Konkursverwalter berechtigt (und den Konkursgläubigern gegenüber verpflichtet), im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks den auf die Hypothek (Eigentümergrundschuld) von dem Versteigerungserlöse entfallenden Betrag für die Konkursmasse zu erheben. Der Anspruchsberechtigte kann (z. B. im Falle eines Anspruchs auf Einräumung des Vorrangs oder auf Unterlegung einer andern Forderung) nur eine Konkursforderung gemäß §§ 3, 69 KO (z. B. wegen seines Ausfalls infolge der Vorwegnahme des Erlöses) gegen die Konkursmasse geltend machen, da weder ein Aussonderungsanspruch (§ 43 KO), noch ein Masseanspruch (§ 59 KO) in Frage kommt und auch eine Vormerkung (§ 24 KO) nicht eingetragen ist (vgl. **RG** Warn 08 Nr 272; Gruch 53, 1123). Vom Reichsgericht wird jedoch in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß im Falle der Verpflichtung zur Löschung der Eigentümer auf die Hypothek zugunsten des Berechtigten endgültig verzichte (**RG** 19, 59; 52, 5; Gruch 44, 1214; 52, 1075; JW 06, 424[9]; v. 23. 3. 07 V 275/06; Warn 08 Nr 237; auch SeuffA 61 Nr 176; OLG 12, 134; vgl. **RG** Gruch 54, 161), im Falle der Verpflichtung zur

Einräumung des Vorrangs dem Berechtigten der Vorrang endgültig zustehe (RG Gruch 31, 404; 52, 1075; 5. 6. 07 V 437/06; 2. 10. 07 V 119/07) und daß der Konkursverwalter dies gelten lassen müsse, auch wenn die Verpflichtung formlos (vgl. bezüglich des Verzichts §§ 1168 oder 875, bezüglich der Vorrangseinräumung § 880 Abs 2) übernommen und eine Vormerkung (§ 24 KO) nicht eingetragen ist.

6. Die Verpflichtung zur Löschung muß **für den Fall der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person** übernommen sein. Verpflichtet sich der Eigentümer zur Löschung für einen andern Fall (z. B. für den Fall, daß er nach Veräußerung des Grundstücks die Hypothek als persönlicher Schuldner für einen Ersatzanspruch gemäß § 1164 erlangt, oder daß ein Dritter sie erwirbt) oder ohne jede Rücksicht auf den Fall der Vereinigung, so kann der Anspruch auf Löschung weder nach § 1179 (RJA 3, 131; OLG 10, 425) noch nach § 883 (s. A 5) durch Vormerkung gesichert werden. — Die Löschungsvormerkung braucht nicht notwendig sich auf die ganze Hypothek zu erstrecken, sondern kann auch von vornherein (über teilweise Vereinigung im ersteren Falle s. A 7) auf bestimmte einzelne Teile (z. B. auf die Hypothek für Nebenleistungen) beschränkt sein (KGJ 49, 221). — Über die Fälle, in denen die Hypothek, sei es als Grundschuld oder als wirkliche Hypothek (mit der Forderung), sich mit dem Eigentum vereinigt, vgl. § 1177 A 2, 5. Auch der Fall des § 1163 Abs 1 Satz 1 (Nichtentstehung der Forderung) kann dazu gehören, wiewohl eine Verpflichtung zur Löschung, wenn sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, ihrem Wortlaute nach einen erst künftig eintretenden Tatbestand zur Voraussetzung zu haben scheint, während das Nichtbestehen der Hypothekenforderung ein bereits gegenwärtig Gegebenes ist (RG 52, 9; 84, 85; 93, 116; Gruch 59, 371; JW 08, 275[11]; Warn 1911 Nr 124, 184, 193, 379; 1912 Nr 393; KGJ 26 A 163; RJA 8, 154; OLG 10, 425). Die Vormerkung kann alle diese Fälle umfassen oder auf einen oder einzelne von ihnen beschränkt sein. Inwieweit jenes oder dieses anzunehmen, ist Sache der Auslegung (RG JW 08, 275[11]; Gruch 59, 371). Bei Baugeldhypotheken wird, da hier die Forderung regelmäßig erst durch Zahlungen des Baugeldgebers je nach dem Fortschreiten des Baues zur Entstehung gebracht werden soll, in der Regel anzunehmen sein, daß eine gleichzeitig oder bald nachher eingetragene Löschungsvormerkung auch den Fall der Nichtentstehung der Forderung begreifen soll (RG Warn 1911 Nr 193; 1912 Nr 393; Gruch 59, 371). Ist dagegen die Hypothek für ein gewöhnliches Darlehn bestellt und in der Eintragungsbewilligung der Empfang des Darlehns anerkannt, auch gar noch die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung für gewisse Fälle erklärt, so kann die Auslegung sehr wohl gerechtfertigt sein, daß die Vormerkungseintragung nicht für jeden Dritten erkennbar die Bedeutung habe, daß auch ein Anspruch auf Löschung wegen Nichtentstehung der Forderung durch die Vormerkung gesichert sein soll (RG Gruch 59, 371). Für Dritte, welche die Hypothek rechtsgeschäftlich erworben haben und die von dem Vormerkungsberechtigten nach Maßgabe der §§ 883 Abs 2, 888 auf Bewilligung der Löschung in Anspruch genommen werden (s. A 7), ist in dieser Hinsicht allein der Eintragungsvermerk nebst der Eintragungsbewilligung maßgebend. Ergibt sich aus dieser nicht, daß auch ein Anspruch auf Löschung wegen Nichtentstehung der Forderung gesichert ist, so kann ein solcher Anspruch gegen sie nicht geltend gemacht werden, auch wenn der Vormerkungsberechtigte gegen den Eigentümer nach der mit diesem getroffenen Abrede einen derartigen Anspruch hätte und ihnen dies bekannt gewesen wäre; denn zur Wirksamkeit der Vormerkung gegenüber dritten Erwerbern ist erforderlich, daß der zu sichernde Anspruch, sei es in dem Eintragungsvermerk selbst oder durch Bezugnahme auf die ihn enthaltende Eintragungsbewilligung, zur Eintragung gebracht worden ist (RG Warn 1914 Nr 321).

7. Da die Sicherung des Löschungsanspruchs unter den Erfordernissen des § 1179 als **Vormerkung** erklärt wird, finden hierauf bezüglich der **Wirkungen** die §§ 883ff. Anwendung, wiewohl diese Vorschriften die regelmäßige Vormerkung (s. A 5) betreffen (RG JW 08, 275[11]; Warn 08 Nr 642; 1911 Nr 124, 193; Gruch 54, 1025; RJA 8, 156; OLG 14, 118). Von Bedeutung sind diese Wirkungen hauptsächlich nur im Verhältnis zu Dritten. Der Eigentümer (der die Löschungsverpflichtung übernommen hat) ist, sobald die Vereinigung eintritt, auf Grund des Vertrags dem Berechtigten gegenüber zur Herbeiführung der Löschung verpflichtet (vgl. RG 52, 5; 63, 152; 84, 82; KGJ 42, 316; OLG 26, 170). — Auch im Falle der Vereinigung nur eines Teiles der Hypothek (z. B. zufolge teilweiser Nichtentstehung oder teilweisen Erlöschens der Forderung) muß er den Teil löschen lassen, mag auch die Vormerkung nicht auf diesen Teil beschränkt sein (s. A 6), sondern sich auf die ganze Hypothek erstrecken. — Ist ein nachstehender Hypothekengläubiger der aus der Vormerkung Berechtigte, so braucht der Verpflichtete (Eigentümer) seine Verpflichtung nicht durch Einräumung des Vorrangs der Hypothek des Berechtigten vor der Eigentümergrundschuld zu erfüllen, da eben seine Verpflichtung nur auf Löschung geht und er auch im Falle des Bestehens von Zwischenrechten den Berechtigten durch Vorrangseinräumung besser stellen könnte (RG 84, 83). Anderseits braucht der Berechtigte sich mit der Vorrangseinräumung nicht zu begnügen, da sein Recht die Löschung zum Inhalt hat (RG 84, 82). — Besteht die nachstehende Hypothek des Be-

rechtigten zu einem geringeren Betrage als die Eigentümergrundschuld, so kann es sich fragen, ob der Berechtigte die Löschung der ganzen Eigentümergrundschuld verlangen kann oder nur Löschung in Höhe der Summe seines Hypothekenkapitals und aller Nebenverbindlichkeiten (vgl. **RG** 63, 155; 84, 83). Wenn unbeschränkte Löschungsverpflichtung übernommen ist und nicht ein anderer Wille der bei der Verpflichtungsübernahme Beteiligten erhellt, ist ersteres anzunehmen, da der Berechtigte wegen Verbesserung der Sicherheit seiner Hypothek ein Interesse an Beseitigung der ganzen vorgehenden Eigentümergrundschuld hat (vgl. **RG** 63, 158). — Durch die Vormerkung wird der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer (als Hypothek oder Grundschuld), der, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, kraft Gesetzes eintritt, nicht gehindert (**RG** 57, 211; Gruch 52, 1070; SeuffA 64, 456; 65, 411; RJA 8, 156; 15, 163; OLG 26, 166). Auch ist ihm die Verfügung über die erlangte Hypothek nicht entzogen (s. dagegen über Unzulässigkeit einer Verfügung vor Erlangung der Hypothek § 1163 A 3), wie auch sonst einem Berechtigten, bei dessen Recht eine Vormerkung gemäß § 883 eingetragen ist, an sich die Verfügung über sein Recht zusteht, da die Vormerkung nur zum Schutze des Vormerkungsberechtigten dient (s. § 883 A 11; RJA 8, 154; 11, 242; 15, 163; OLG 26 S. 165, 166, 169). Der Eigentümer kann also die auf ihn übergegangene Hypothek (Grundschuld) trotz der Vormerkung z. B. auf seinen Namen umschreiben lassen; an einen Dritten übertragen, mit einem Pfandrecht belasten, im Range gegenüber einem andern Recht nachsetzen; desgleichen ist eine Pfändung der Hypothek (Grundschuld) seitens seiner Gläubiger zulässig (RJA 8, 154). Eine Verfügung in diesem Sinne ist auch gegeben, wenn der Eigentümer zur Ersetzung der Hypothekenforderung durch eine andere (§ 1180) oder zur Umwandlung einer Sicherungs- (Höchstbetrags-) Hypothek in eine gewöhnliche Hypothek (§ 1186; s. § 1190 A 1) seine Zustimmung erteilt (RJA 11, 242; s. A 5, auch § 1186 A 2). Das Grundbuchamt darf die Eintragung der Verfügung nicht ablehnen, auch wenn der Vormerkungsberechtigte nicht zustimmt, da die Verfügung durch nachträgliche Genehmigung des Vormerkungsberechtigten voll wirksam werden kann (RJA 8, 157; 15, 163; OLG 26, 166). Genehmigt dieser aber die Verfügung nicht, so ist sie gemäß § 883 Abs 2 ihm gegenüber unwirksam (vgl. hinsichtlich Ersetzung der Hypothekenforderung durch eine andere **RG** Warn 1914 Nr 76), und er kann nach § 888 von dem Dritten, der ein Recht an der Hypothek (Grundschuld) des Eigentümers erlangt hat, Zustimmung zu der Löschung verlangen (RJA 15, 163). Dies gilt auch dann, wenn der verpflichtete Eigentümer das Grundstück veräußert hat und erst in der Person des Erwerbers die Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum eintritt. Der Erwerber muß der Löschung zustimmen. Persönlich verpflichtet zur Herbeiführung der Löschung bleibt aber in allen diesen Fällen der sich ursprünglich Verpflichtende. Vgl. hierüber § 888 A 1. — Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts ist, wenn die Löschungsvormerkung den Fall der Nichtentstehung der Hypothekenforderung umfaßt (s. A 6) und nach dem Inhalt des Grundbuchs dies für jedermann erkennbar ist (vgl. **RG** 93, 117; Warn 1914 Nr 321), der Vormerkungsberechtigte, namentlich wenn er ein im Range nachstehender Hypothekengläubiger ist, nicht nur gegen Verfügungen des Eigentümers über die Eigentümergrundschuld, sondern auch gegen Verfügungen des eingetragenen, aber wegen Nichtentstehung der Forderung nicht wahren Gläubigers über die Hypothek gemäß §§ 883 Abs 2, 888 geschützt (**RG** 93, 117; JW 08, 275[11]; Warn 1911 Nr 124, 184, 193, 379; 1912 Nr 393), gleichviel, ob der durch die Verfügung Erwerbende hinsichtlich des Bestehens und der Bedeutung der Vormerkung oder hinsichtlich des durch diese gesicherten Anspruchs auf Löschung in gutem oder bösem Glauben gewesen ist (**RG** 93, 118; Gruch 52, 1070; JW 08, 275[11]; Warn 1911 Nr 124). Diese Rechtsprechung hat ihren gerechtfertigten Grund darin, daß, wenn der Vormerkungsberechtigte nicht in dieser Weise geschützt wäre, sein Löschungsanspruch durch Verfügungen des Gläubigers leicht vereitelt werden könnte. Anspruchsverpflichteter ist, wie aus dem Wortlaute des § 1179 folgt, der Eigentümer. Wie ferner aus § 883 Abs 1, 2 sich ergibt, sind mit Unwirksamkeit gegenüber dem Vormerkungsberechtigten solche Verfügungen bedroht, die der Inhaber des Grundstücks oder des Rechtes, das von der herbeizuführenden Rechtsänderung betroffen wird, seiner ihm dem Vormerkungsberechtigten gegenüber obliegenden Verpflichtung zuwider vornimmt. Auch kann die im § 883 Abs 2 Satz 2 gleichgestellte Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter nur eine Verfügung sein, die als von dem Anspruchsverpflichteten selbst vorgenommen zu gelten hat. Gegen Verfügungen eines andern, dem nach Lage der Sache die Möglichkeit zur Verfügung gegeben ist, richtet sich also die Wirkung der Vormerkung an sich nicht. Ferner kann man die Löschungsvormerkung nicht zugleich als einen Widerspruch im Sinne des § 899 zugunsten des Vormerkungsberechtigten auffassen, da für diesen nicht ein dingliches Recht bezüglich der Hypothek außerhalb des Grundbuchs besteht, das durch den Widerspruch gesichert werden könnte, auch ein Widerspruch wegen Nichtentstehung der Forderung überhaupt nur für den Eigentümer gegen den Gläubiger gemäß §§ 1138, 899 oder § 1139 eingetragen werden könnte. Falls indes der Eigentümer, wie häufig, namentlich

wenn die Forderung erst durch einen Zessionar zur Entstehung gebracht werden soll (§ 1163 A 4), seine Einwilligung zu der Verfügung des als Gläubiger Eingetragenen gibt, ist hierin eine von ihm vorgenommene Verfügung über die wegen Nichtentstehung der Forderung ihm zustehende Eigentümergrundschuld anzusehen, die nach § 883 Abs 2 gegenüber dem Vormerkungsberechtigten unwirksam ist. Weiter wird dem von dem Gläubiger die Hypothek Erwerbenden häufig bekannt sein, daß die Forderung nicht entstanden und somit der Verfügende nicht wahrer Gläubiger ist. Besonders wird diese Kenntnis oft anzunehmen sein, wenn der Erwerber weiß, daß bei der Hypothek eine Löschungsvormerkung eingetragen ist, die den Fall der Nichtentstehung der Forderung umfaßt. Vornehmlich aber wird die Kenntnis ohne weiteres sich ergeben, wenn, wie meistens, es sich um eine Baugeldhypothek handelt, also um eine Hypothek, deren Forderung erst durch Zahlung von Darlehen als Baugelder für einen Neubau an den Eigentümer je nach Fortschreiten des Baues zur Entstehung gebracht werden soll. Ist dem Erwerber beim Erwerbe bekannt, daß er eine Baugeldhypothek erwirbt, bei der eine Löschungsvormerkung eingetragen ist, und ist die Forderung (ganz oder zum Teil) nicht zur Entstehung gelangt, so wird es in der Regel nicht noch eines (andern) Beweises für die Kenntnis der Nichtentstehung der Forderung bedürfen. Hat aber der Erwerber diese Kenntnis, so hat er durch die Verfügung des nicht wahren Gläubigers (mangels guten Glaubens, § 892) die Hypothek nicht erworben; vielmehr steht sie nach wie vor dem Eigentümer zu. Deshalb ist der Löschungsanspruch des Vormerkungsberechtigten auch gegen den Erwerber begründet. — Der Löschungsanspruch wegen Nichtentstehung der Forderung ist jedoch, namentlich bei Baugeldhypotheken, nicht sofort mit der Eintragung der Vormerkung gegeben, sondern sinngemäß erst nach Abwicklung des Kreditverhältnisses und nachdem eine solche Sachlage eingetreten ist, daß eine Entstehung der Forderung nicht mehr zu erwarten ist (**RG** 27. 3. 12 V 465/11; SeuffA 60 Nr 12, 135, 136). — Häufig ist bei Baugeldhypotheken mit einer Löschungsvormerkung eine Vorrangseinräumung verbunden, indem ein Hypothekengläubiger der Baugeldhypothek den Vorrang vor seiner Hypothek einräumt und zugleich eine Löschungsvormerkung für sich als Gläubiger seiner Hypothek eintragen läßt. Dabei wird öfter an die Vorrangseinräumung die Bedingung geknüpft, daß die Forderung der Baugeldhypothek gemäß dem Baugeldvertrage zur Entstehung gebracht werde (§ 880 A 3; auch **RG** 86, 224; Warn 1913 Nr 353). Das Verhältnis zwischen Vormerkung und Vorrangseinräumung hinsichtlich der dem zurücktretenden Hypothekengläubiger zustehenden Rechte ist dann folgendes: Wenn die Darlehnsforderung auf irgendeine Weise zur Entstehung gebracht wird (vgl. **RG** 93, 114 darüber, daß, wenn dem Gläubiger, der einen Bau auf dem Grundstück des Eigentümers ausführen sollte, als Bedingung der Sicherung der Baukostenforderung durch die Hypothek die vollständige Fertigstellung des Baues gesetzt war, der Eigentümer aber den Eintritt der Bedingung durch Vorenthaltung der von einem Dritten gezahlten Baugelder wider Treu und Glauben vereitelt hat, gemäß § 162 die Hypothekenforderung als in Höhe der Kosten des hergestellten Teiles des Baues zur Entstehung gelangt zu erachten ist), ist der zunächst bedingt bestehende Löschungsanspruch ausgeschlossen, sofern nicht auch für die Löschungsvormerkung in dieser Hinsicht besondere einschränkende Bestimmungen festgesetzt sind. Den Vorrang aber hat die Baugeldhypothek nur insoweit, als die Forderung gemäß dem Baugeldvertrage, insbesondere je nach Fortschreiten des Baues, zur Entstehung gebracht worden (valutiert) ist (vgl. hierüber § 880 A 3; auch **RG** 27. 3. 12 V 465/11; Warn 1913 Nr 353; a. M. OLG 26, 173). Letzteres gilt allerdings gegenüber einem dritten Erwerber der Baugeldhypothek nur dann, wenn die Bedingung für die Vorrangseinräumung sich aus dem Grundbuch ergibt oder dem Erwerber zur Zeit des Erwerbs bekannt war (**RG** 76, 376; 27. 3. 12 V 465/11; vgl. auch OLG 26, 174). Dieses Verhältnis zwischen Vormerkung und Vorrangseinräumung ist besonders von Bedeutung, wenn im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks der Vormerkungsberechtigte den auf die Baugeldhypothek entfallenen baren Versteigerungserlös (zum Teil) für sich in Anspruch nimmt, teils auf Grund der Vormerkung, teils weil die Bedingung für die Vorrangseinräumung nicht erfüllt sei. Gelangt nämlich das Grundstück zur Zwangsversteigerung, so darf der Eigentümer, auf den die Hypothek übergegangen ist, den etwa auf die Hypothek entfallenden Versteigerungserlös nicht für sich erheben, wenn zugunsten eines nachstehenden Berechtigten die Vormerkung eingetragen und dieser bei Erhebung des Erlösteils einen Ausfall erleiden würde; vielmehr ist der Erlösteil zunächst auf die etwaigen Zwischenberechtigten und den Vormerkungsberechtigten nach Maßgabe ihrer Rangverhältnisse zu verteilen (**RG** 57, 209; 63, 152; 84, 83; 93, 118; Gruch 52, 1070; 54, 1025; Warn 08 Nr 642; 1911 Nr 124; OLG 26, 166), vorausgesetzt allerdings, daß von dem Vormerkungsberechtigten die Rechte aus der Vormerkung in dem Verteilungsverfahren überhaupt geltend gemacht worden, insbesondere gegen die Zuweisung des Erlösteils an den Eigentümer Widerspruch erhoben wird (OLG 26, 166). Gleiche Wirkung hinsichtlich Zuweisung des Erlösteils hat die Vormerkung weiter gemäß § 883 Abs 2 auch gegenüber solchen Dritten, die nach Eintragung der Vormerkung Rechte an der auf den Eigentümer übergegangenen Hypothek erworben haben (**RG** 63, 152; JW 08, 275[11]; Warn

1911 Nr 124, 379; Gruch 52, 1070; 54, 1027); selbst wenn sie beim Erwerbe des Rechtes etwa hinsichtlich der Wirkung oder des Umfangs der Vormerkung in gutem Glauben gewesen sind (**RG** JW 08, 275[11]; Warn 1911 Nr 124, 379). In letzterer Hinsicht sind lediglich die tatsächlichen Verhältnisse (z. B. inwieweit die Forderung nicht entstanden und daher die Hypothek auf den Eigentümer übergegangen ist) sowie die (objektive) Bedeutung der Vormerkung (z. B. ob sie sich auf eine oder mehrere Hypotheken des Vormerkungsberechtigten bezieht) maßgebend (**RG** 63, 152; JW 08, 275[11]). Ferner darf auch der Gläubiger der vorgehenden Hypothek, wenn und soweit die Bedingung für die Vorrangseinräumung nicht erfüllt ist, den auf die Hypothek entfallenden Versteigerungserlös nicht zum Nachteil des zurückgetretenen Gläubigers für sich in Anspruch nehmen, mag auch an sich die Hypothekenforderung zur Entstehung gebracht sein und eine (von der Löschungsvormerkung betroffene) Eigentümergrundschuld nicht bestehen. — Fällt die Hypothek, bei der die Vormerkung eingetragen ist, bei der Zwangsversteigerung nicht in das geringste Gebot, so erlischt nach § 91 ZVG mit der Hypothek auch die Vormerkung. In RJA 11, 73 ist angenommen, daß auch eine bei einer Hypothek, die in das geringste Gebot fällt, für den Gläubiger der nämlichen Hypothek (s. A 3) eingetragene Vormerkung erlischt, wenn sie bei der Festsetzung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt ist. Dies ist nicht für zutreffend zu erachten, da mit der Hypothek auch der für den Fall ihrer Vereinigung mit dem Eigentum gegebene vorgemerkte Löschungsanspruch bestehenblieb. — Über die Wirkungen im Falle des Konkurses des Vormerkungsverpflichteten vgl. A 5. — Vgl. ferner § 984 ZPO (der Vormerkungsberechtigte ist hinsichtlich Aufgebots der Hypothek gemäß § 1170 antragsberechtigt).

8. Bezüglich der **Eintragung** der Vormerkung gilt das in § 885 A 1—3 Bemerkte, wonach insbesondere zur Vornahme der Eintragung eine in der Form des § 29 GBO erklärte Eintragungsbewilligung des Eigentümers oder eine gegen ihn gerichtete einstweilige Verfügung erforderlich ist. Wegen der Notwendigkeit, daß sich aus der Eintragung der Umfang der Löschungsanspruchs ergibt, s. A 6. — Zu bemerken ist, daß § 1179 nicht als Ausnahme von § 40 GBO in Betracht kommt. Nicht der zukünftige Gläubiger der Hypothek, sondern der gegenwärtige Eigentümer als solcher hat nach dem Gesetz die Vormerkung zu bewilligen. Dieser aber ist eingetragen oder muß sich als Eigentümer eintragen lassen. — Ist die betroffene Hypothek eine Briefhypothek, so ist gemäß §§ 42, 62 GBO der Brief vorzulegen, da sich die Vormerkung gegen das hypothekarische Recht richtet, mag es auch später eine andere Gestalt gewinnen (KGJ 21 A 175; RJA 6, 164). Der Gläubiger der Hypothek ist allerdings, wenn nicht besondere Rechtsbeziehungen zwischen ihm und dem Eigentümer bestehen, zur Vorlegung des Briefes nicht verpflichtet, da, solange nicht die Hypothek (ganz oder zum Teil) auf den Eigentümer übergegangen ist, eine Berichtigung des Grundbuchs (durch Eintragung der Vormerkung) im Sinne von §§ 894ff. (vgl. §§ 1144, 1145) nicht in Frage steht (OLG 18, 181). Über Erfüllung der Ordnungsvorschrift des § 44 GBO (Vorlegung der Urkunde) im Falle der Eintragung einer Löschungsvormerkung bei einer Hypothek für Schuldverschreibungen auf den Inhaber vgl. KGJ 50, 198. — Der Zustimmung des Hypothekengläubigers zur Eintragung bedarf es nicht, da sein Recht nicht durch die Vormerkung betroffen wird (KGJ 26 A 161; 50, 200).

§ 1180

An die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, kann eine andere Forderung gesetzt werden[1]). Zu der Änderung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers[2]) sowie die Eintragung in das Grundbuch erforderlich[3]); die Vorschriften des § 873 Abs 2 und der §§ 876, 878 finden entsprechende Anwendung[4]).

Steht die Forderung, die an die Stelle der bisherigen Forderung treten soll, nicht dem bisherigen Hypothekengläubiger zu[1]), so ist dessen Zustimmung erforderlich; die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt. Die Vorschriften des § 875 Abs 2 und des § 876 finden entsprechende Anwendung[5]).

E II 1087; P 3 725; 6 245

1. Um den Umweg zu ersparen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet (§ 1168) und dann der Eigentümer die hierdurch zur Entstehung gelangte Eigentümergrundschuld (§ 1177 Abs 1) wieder in eine Hypothek für eine andere Forderung umwandelt (§ 1198), bestimmt § 1180, daß **an die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, eine andere Forderung gesetzt werden kann.** Voraussetzung ist, daß die Hypothek rechtsgültig bestellt und daß sie eine wirkliche Hypothek ist. Eine nichtige Hypothek kann auch zur Sicherung einer

andern Forderung nicht dienen. Einer Grundschuld, mag sie als solche bestellt oder aus einer Hypothek (als Eigentümergrundschuld) entstanden sein, kann eine Forderung nur in der Weise untergelegt werden, daß sie gemäß § 1198 in eine Hypothek umgewandelt wird (RG 48, 56; RJA 7, 153), und zwar, wenn die Grundschuld eine Eigentümergrundschuld ist, unter gleichzeitiger Abtretung an einen andern, da niemand eine Forderung gegen sich selbst begründen kann (RJA 3, 212; 7, 151; 7, 227). — Die Wirkung der Änderung besteht darin, daß die bisherige Forderung aus der hypothekarischen Sicherung ausscheidet und die neue Forderung in diese eintritt. Auf das Bestehen der ersteren Forderung hat die Änderung keinen Einfluß. Sie bleibt dem bisherigen Gläubiger gegen den persönlichen Schuldner, auch wenn dieser zugleich der Eigentümer ist, erhalten. Da jedoch der Gläubiger durch die Einigung mit dem Eigentümer im Falle des Abs 1 oder durch die Zustimmung im Falle des Abs 2 auf die Hypothek für die bisherige Forderung verzichtet, kann der persönliche Schuldner nach Maßgabe des § 1165 frei werden, wenn er aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können. Bezüglich der neuen Forderung ist es so anzusehen, als ob die Hypothek von vornherein für sie und nur für sie bestellt worden wäre. Hervorzuheben ist in dieser Hinsicht, daß der Eigentümer Einreden gemäß § 1137 nur aus dem neuen, nicht mehr aus dem früheren Schuldverhältnisse der dinglichen Klage entgegensetzen kann, und daß die Hypothek, wenn die neue Forderung erlischt, gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 zur Eigentümergrundschuld wird, auch wenn die früher gesicherte Forderung noch besteht. Hinsichtlich des dinglichen Rechtes (z. B. der Rechtsgültigkeit der Hypothek) gilt der neue Gläubiger als rechtsgeschäftlicher Erwerber, so daß ihm der Schutz des § 892 (nicht auch des § 1138) zur Seite steht. — Aus Abs 2 folgt, daß im Wege des § 1180 nicht nur eine neue Forderung des bisherigen Gläubigers, sondern auch die Forderung eines neuen Gläubigers der Hypothek untergelegt werden kann. Zu beachten ist hierbei die Verschiedenheit des letzteren Falles von der Abtretung der Hypothek (vgl. RJA 7, 227). Während dort die Hypothek als solche für die andere Forderung umgestaltet wird und in dieser Gestalt für den andern Gläubiger neu entsteht (Abs 1 erfordert deshalb auch Einigung des Gläubigers und des Eigentümers wie § 873 für die Bestellung der Hypothek), wird bei der Abtretung die Forderung mit der Hypothek unverändert auf den neuen Gläubiger übertragen, so daß lediglich ein Gläubigerwechsel stattfindet. Deshalb finden die Vorschriften des § 1154 (schriftliche Abtretungserklärung bei der Briefhypothek, Einigung über die Übertragung zwischen den beiden Gläubigern bei der Buchhypothek) auf die Unterlegung der Forderung eines neuen Gläubigers als solche keine Anwendung; es ist überhaupt zur Auswechslung der Forderung des bisherigen Gläubigers mit der Forderung des neuen Gläubigers eine Abtretung der Hypothek an diesen nicht erforderlich (str.; vgl. RG Warn 08 Nr 272; KGJ 49, 226; OLG 26, 171; auch KGJ 40, 271). Die (wenn eine Abtretung nicht erfolgt) nach Abs 2 erforderliche Zustimmung des bisherigen Gläubigers ist als ein dem Eigentümer das Verfügungsrecht zuweisender Verzicht auf die Hypothek anzusehen (OLG 26, 171). Da jedoch die Hypothek die Gestaltung als Hypothek für die Forderung des andern Gläubigers neu gewinnt, müssen die Vorschriften des § 1163 Abs 1 Satz 1, Abs 2 und des § 1117 zur Anwendung kommen. Ist die neue Forderung nicht zur Entstehung gelangt, so steht die (Buch- oder Brief-) Hypothek (als Grundschuld, § 1177 Abs 1) dem Eigentümer zu, und das gleiche gilt hinsichtlich der Briefhypothek bis zur Übergabe des Briefes an den neuen Gläubiger. Mithin ist zum Erwerbe der Hypothek für die Forderung des neuen Gläubigers außer der Einigung zwischen diesem und dem Eigentümer (Abs 1), sowie der Zustimmung des bisherigen Gläubigers (Abs 2) die Entstehung der andern Forderung und bei der Briefhypothek ferner die Übergabe des Briefes gemäß § 1117 erforderlich (str.; vgl. OLG 10, 87). Ist der Eigentümer selbst Gläubiger der Hypothek, hat er z. B. den früheren Hypothekengläubiger befriedigt, wiewohl er nicht der persönliche Schuldner war, und ist deshalb die Hypothek nach §§ 1143 Abs 1 Satz 1, 1153 Abs 1 auf ihn als Eigentümerhypothek (§ 1177 Abs 2) übergegangen gewesen, so wird in der Forderungsauswechslung für den neuen Gläubiger in der Regel zugleich eine Abtretung liegen. Dann ist auch eine Erklärung der Abtretung, bei Briefhypotheken in schriftlicher Form, die durch Eintragung der Abtretung in das Grundbuch ersetzt wird (§ 1154), erforderlich (vgl. KGJ 45, 284 und über Umwandlung einer Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für die Forderung eines neuen Gläubigers § 1198 A 1). — Innerhalb des Betrags der Hypothek können auch mehrere Forderungen, selbst wenn sie verschiedenen Gläubigern zustehen, an die Stelle der bisherigen Forderung gesetzt werden. Die Hypothek zerfällt dann in Teilhypotheken. Über die Rangverhältnisse der Teile vgl. § 1151 A 1. — Der Eigentümer braucht nicht persönlicher Schuldner der neuen Forderung zu sein, da auch für eine fremde Schuld Hypothek bestellt werden kann (RG 60, 262). — Änderung einer unrichtigen Bezeichnung der Forderung fällt nicht unter § 1180. Sie erfolgt im Wege der Berichtigung des Grundbuchs (§ 894, GBO § 22). — Die Vorschriften des § 1180 finden auf alle Hypothekenarten Anwendung. Auch einer Höchstbetragshypothek (§ 1190) kann eine andere Forderung, sei es eine dem Betrage nach bestimmte oder eine unbestimmte, bis zur Höhe des Höchstbetrags untergelegt werden, vorausgesetzt,

daß die Hypothek nicht Eigentümergrundschuld ist, daß also eine den Höchstbetrag anfüllende Forderung aus dem gesicherten Rechtsverhältnisse bereits entstanden ist (vgl. hierüber § 1190 A 1). Soll vor Entstehung einer Forderung ein anderes Rechtsverhältnis der Höchstbetragshypothek zugrunde gelegt werden, so wird nicht § 1180, sondern, entsprechend dem § 1198 (s. dort A 1), § 877 mit § 873 zur Anwendung zu bringen sein, da hierdurch für die künftige Verwandlung der Grundschuld in eine Hypothek eine andere Bedingung als bisher (s. § 1190 A 1) gesetzt wird (a. M. KGJ 45, 286; 49, 224, wo auf die Auswechslung des bisherigen Forderungskreises mit einem neuen Forderungskreise § 1180 für anwendbar erachtet ist; es ist aber dabei nicht berücksichtigt, daß die Forderungen erst künftig entstehen sollen, also Forderungen, die ausgewechselt werden könnten, noch nicht bestehen, deshalb [s. § 1190 A 1] die Hypothek noch dem Eigentümer als vorläufige Eigentümergrundschuld zusteht). Dabei ist es auch zulässig, daß in den Kreis der Forderungen, die aus dem neuen Rechtsverhältnis künftig entstehen würden, die Forderungen, die aus dem alten Rechtsverhältnis entstehen sollten, miteinbezogen werden, sofern der (künftige) persönliche Schuldner der nämliche bleibt (vgl. KGJ 45, 286; 49, 224). Eine (gewöhnliche) Sicherungshypothek bleibt trotz Unterlegung einer neuen Forderung Sicherungshypothek, es sei denn, daß sie zugleich gemäß § 1186 (vgl. KGJ 46, 233; OLG 26, 171) in eine Verkehrshypothek umgewandelt wird. Wenn einer Gesamthypothek (§ 1132) eine neue Forderung untergelegt werden soll, ist Einigung des neuen Gläubigers mit den Eigentümern sämtlicher belasteten Grundstücke erforderlich. — Über die Anwendbarkeit des § 1180 auch auf Hypotheken des früheren Rechtes vgl. Art 192 EG und **RG** 48, 56; 50, 81. Auf eine Hypothekvormerkung findet § 1180 keine Anwendung, da sie lediglich zur Sicherung des vorgemerkten Anspruchs dient, mit dem sie steht oder fällt (OLG 20, 419).

2. **Gläubiger und Eigentümer,** deren **Einigung** über die Ersetzung der gesicherten Forderung durch eine andere erforderlich ist, müssen verschiedene Personen sein (s. § 873 A 7a). Deshalb kann im Falle der Hypothek des Eigentümers (§ 1177 Abs 2) dieser nicht für sich allein die Forderung durch eine andere ersetzen, solange die Hypothek sich in seiner Hand befindet (RJA 3, 212). — Unter dem Gläubiger ist der Gläubiger der andern Forderung, also wenn die Forderung einem andern als dem bisherigen Gläubiger zusteht (s. A 1), der andere zu verstehen. — Die Einigung bedarf zur Wirksamkeit keiner Form; sie kann auch der Eintragung nachfolgen (s. § 873 A 7c).

3. Formellrechtlich genügt zu der (weiter notwendigen, OLG 6, 124) **Eintragung** der Ersetzung gemäß § 19 GBO die in der Form des § 29 GBO erklärte einseitige Eintragungsbewilligung des Eigentümers (abgesehen von der Zustimmung des bisherigen Gläubigers im Falle des Abs 2, RJA 7, 232). Einzutragen ist, daß an die Stelle der bisherigen die neue Forderung gesetzt ist. Hinsichtlich der Bezeichnung der neuen Forderung und des sonstigen Inhalts der Einschreibung ist § 1115 maßgebend (vgl. KGJ 31 A 339). Soll bei der Forderungsauswechslung zugleich ein neuer Gläubiger an die Stelle des bisherigen treten (s. A 1), so ist einzutragen, daß die Hypothek für den neuen Gläubiger umgeschrieben werde unter Setzung der neuen Forderung an die Stelle der bisherigen (KGJ 45, 285). — Im Falle einer Briefhypothek ist die mit dem Briefe verbundene alte Schuldurkunde abzutrennen (§ 65 Abs 1, 2 GBO) und die neue Schuldurkunde mit dem Briefe zu verbinden (§ 58 Abs 1 Satz 1 GBO).

4. Die **entsprechend anzuwendenden §§ 873 Abs 2, 876, 878** betreffen: Bindung der Beteiligten an die Einigung vor der Eintragung (s. § 873 A 13—17); Erfordernis der Zustimmung Dritter, denen ein Recht an der Hypothek zusteht (s. § 876 A 1, 6—8); den nachträglichen Eintritt einer Verfügungsbeschränkung der die Einigung Erklärenden (§ 878). Die im § 873 Abs 2 für die Bindung vor der Eintragung vorgeschriebene Form findet auf den schuldrechtlichen Vertrag, betreffend die Übernahme der Verpflichtung zur Ersetzung der Forderung, keine Anwendung (s. § 873 A 13; **RG** 50, 81; auch Warn 08 Nr 272). Nach der Eintragung sind die Beteiligten auch an ihre formlosen Einigungserklärungen gebunden (s. § 873 A 7c, 13; **RG** 60, 262). — Die vertragsmäßig übernommene Verpflichtung des Eigentümers, der Hypothek, falls sie ihm zufällt, eine andere Forderung des Gläubigers unterzulegen, kann als bedingter Anspruch auf Änderung des Inhalts des hypothekarischen Rechtes nach § 883 Abs 1 Satz 1, 2 durch Vormerkung gesichert werden (vgl. OLG 6, 150). Über die Wirksamkeit einer solchen Verpflichtung im Konkurse des Eigentümers vgl. OLG 5, 8.

5. Die für den Fall, daß die neue Forderung einem andern Gläubiger zusteht, **erforderliche Zustimmung des bisherigen Hypothekengläubigers** ist **gegenüber dem Grundbuchamt** (s. § 875 A 7, 10) **oder** gegenüber **dem** durch die Zustimmung **Begünstigten** (s. § 875 A 8) **zu erklären.** Einer Abtretung durch den bisherigen Hypothekengläubiger bedarf es nicht, da nicht er, sondern der Eigentümer die Hypothek dem neuen Gläubiger überläßt (RJA 7, 227; s. A 1). Vor der Eintragung der Ersetzung ist der Hypothekengläuiger an seine Zustimmung nur gebunden, wenn er sie in einer der **Formen des § 875 Abs 2** (s. § 875 A 10, 11) erklärt hat. — Steht einem Dritten an der bisher gesicherten Forderung ein Recht zu, so ist

nach dem auch hier (s. A 4) **anzuwendenden § 876** ferner die Zustimmung des Dritten (s. § 876 A 1, 6—8) zu der Zustimmung des Gläubigers erforderlich. — Der Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten bedarf es nicht, es sei denn, daß bei der Einsetzung der neuen Forderung die Verzinsungs- oder Rückzahlungsbedingungen über den Rahmen des § 1119 hinaus geändert werden. — Auch die Zustimmung des persönlichen Schuldners ist nicht erforderlich (vgl. jedoch § 1165; s. A 1). — Vgl. § 1158 A 4 über die Frage, ob der gegenwärtige Gläubiger, dem die Hypothek mit den Zinsen von einem bestimmten Zeitpunkt ab übertragen worden ist, zur Einsetzung einer neuen Forderung der Zustimmung des früheren Gläubigers wegen der früheren Zinsen bedarf.

§ 1181

Wird der Gläubiger aus dem Grundstücke befriedigt[1]), so erlischt die Hypothek[2]).

Erfolgt die Befriedigung des Gläubigers aus einem der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke, so werden auch die übrigen Grundstücke frei[2]).

Der Befriedigung aus dem Grundstücke steht die Befriedigung aus den Gegenständen gleich, auf die sich die Hypothek erstreckt[3]).

E I 1078, 1092 II 1088; M 3 687, 720; P 3 620; 6 257.

1. **Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück** wegen seines dinglichen Hypothekenrechts erfolgt gemäß § 1147 im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (s. hierüber § 1147 A 2, 4). Alle andern Befriedigungsarten (s. §§ 1142 A 4, 1163 A 5), z. B. freiwillige Zahlung, haben die Wirkungen des § 1181 nicht. Sie führen, je nachdem wer der Befriedigende ist (Eigentümer, persönlicher Schuldner usw.), Erlöschen der Forderung oder deren Übergang auf einen andern herbei (s. § 1143 A 3), nicht aber Erlöschen der Hypothek; vielmehr wird diese auf einen andern übertragen (als Grundschuld auf den Eigentümer oder als Hypothek auf den Erwerber der Forderung). Dies gilt auch dann, wenn die Mittel zur Befriedigung durch Veräußerung des Grundstücks oder von Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, beschafft worden sind, da die Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erzwungen sein muß (RG 47, 266; 56, 324). — Die Zwangsvollstreckung in das Grundstück wird durch Zwangsversteigerung oder durch Zwangsverwaltung bewirkt. Dabei geschieht die Befriedigung regelmäßig durch bare Zahlung: im Falle der Zwangsversteigerung durch Auszahlung des auf die Hypothek entfallenden Teiles des baren Versteigerungserlöses seitens des Vollstreckungsgerichts (§§ 49, 117 ZVG); im Falle der Zwangsverwaltung durch Zahlung des der Hypothek aus dem Überschusse der Nutzungen zugeteilten Betrags (§§ 157, 158 ZVG; vgl. RG JW 1913, 55[47]). Als Zahlung gilt auch die Hinterlegung des Bargebots seitens des Erstehers gemäß § 49 Abs 2 ZVG, §§ 372ff., 376, 378 BGB (§ 107 Abs 1, 3 ZVG) sowie die Anweisung des Vollstreckungsgerichts auf den im Falle des § 117 Abs 2 ZVG (Nichterscheinen des Berechtigten) hinterlegten Betrag des Erlöses. Ferner wirkt wie die Befriedigung aus dem Grundstück:

a) die Vereinbarung zwischen dem Ersteher und dem Gläubiger gemäß § 91 Abs 2 ZVG, daß eine Hypothek, die nach den gesetzlichen oder vereinbarten Versteigerungsbedingungen nicht bestehenbleiben (§§ 44, 59 ZVG), also nach § 91 Abs 1 ZVG durch den Zuschlag erlöschen würde, dennoch bestehenbleiben soll (§ 91 Abs 3 Satz 2 ZVG; vgl. KGJ 51, 301);

b) die gerichtliche Übertragung der Forderung gegen den Ersteher wegen Nichtberichtigung des Bargebots, es sei denn, daß der Gläubiger vor dem Ablaufe von drei Monaten dem Gerichte gegenüber den Verzicht auf die Rechte aus der Übertragung erklärt oder die Zwangsversteigerung gegen den Ersteher beantragt (§ 118 Abs 1 Satz 1, Abs 2 mit §§ 128, 132, 133 ZVG; s. dazu A 2);

c) die gerichtliche Übertragung der Forderung gegen den Ersteher im Falle der gemäß §§ 60, 61 ZVG erfolgten Festsetzung von Zahlungsfristen für den das geringste Gebot übersteigenden Betrag des Meistgebots (§ 118 Abs 1 Satz 2, Abs 2 Satz 1 ZVG).

Dagegen hat die im § 125 Abs 1 ZVG geregelte Übertragung der aus § 50 ZVG (Nichtbestehen einer bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten Hypothek) sich ergebenden Forderung gegen den Ersteher nicht die Wirkung der Befriedigung aus dem Grundstück (§ 125 Abs 3 ZVG). Auch darin liegt nicht eine Befriedigung aus dem Grundstück, daß der Hypothekengläubiger selbst das Grundstück im Zwangsversteigerungsverfahren zugeschlagen erhält, sofern die Hypothek als Teil des geringsten Gebots (s. a) bestehenbleibt (KGJ 51, 301). — Nach §§ 52, 91 Abs 1 ZVG erlischt jede Hypothek, die nicht in das geringste Gebot fällt, ohne weiteres durch den Zuschlag. Dieses Erlöschen steht aber nicht gleich

dem Erlöschen infolge Befriedigung aus dem Grundstück im Sinne des § 1181. Durch letzteres wird das dingliche Recht gänzlich beseitigt. Dagegen bewirkt der Zuschlag nur, daß die Hypothek an dem zwangsversteigerten Grundstück nicht mehr besteht. Haften für die Hypothek noch andere nicht mitversteigerte Gegenstände, so bleibt die Hypothek in dieser Hinsicht durch den Zuschlag unberührt. Erst wenn der Gläubiger (volle oder teilweise) Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse erhält, erlischt die Hypothek (ganz oder zum Teil) auch an diesen Gegenständen. Fällt der Gläubiger aus, so bleibt die Hypothek an den andern Gegenständen bestehen, mögen sie mitbelastete Grundstücke oder mithaftende bewegliche Sachen (§§ 1120ff.) sein (str.; **RG** 55, 417; JW 1911, 46[35]; Gruch 48, 1067). Dabei ist nicht an Gegenstände zu denken, deren Sonderversteigerung gemäß § 65 ZVG angeordnet ist; ihr Erlös gehört zur Teilungsmasse (§ 107 Abs 1 Satz 2 ZVG). Vielmehr kommen (abgesehen von andern Grundstücken) Gegenstände in Betracht, die, wiewohl sie für die Hypothek haften, doch der Beschlagnahme nach § 21 ZVG nicht unterliegen, sowie Gegenstände, bezüglich deren nach erfolgter Einstellung (§ 769 Abs 1, 2 ZPO) die Fortsetzung des Verfahrens vom betreibenden Gläubiger nicht gemäß § 31 ZVG (z. B. weil er befriedigt ist) beantragt wird. In solche Gegenstände können ausgefallene Hypothekengläubiger (nachdem sie dinglich geklagt und einen vollstreckbaren Titel erlangt haben) die Zwangsvollstreckung betreiben (vgl. **RG** 55, 414; OLG 14, 33), vorausgesetzt, daß nicht die Haftung für die Hypothek nach §§ 1121ff. inzwischen erloschen ist.

2. Soweit der Gläubiger (voll oder teilweise) befriedigt wird, **erlischt die Hypothek** nicht nur an dem Grundstück, aus dem die Befriedigung erlangt ist, sondern auch an allen mithaftenden Gegenständen (s. A 1), und **werden bei der Gesamthypothek auch die übrigen** mitbelasteten **Grundstücke frei.** Jedoch im Falle der in A 1a genannten, als Befriedigung wirkenden Vereinbarung bleibt die Hypothek an dem ersteren Grundstück bestehen (wegen der Forderung s. unten). Ferner gibt § 1182 für die Gesamthypothek eine Sonderbestimmung. — Das Erlöschen tritt *kraft Gesetzes* außerhalb des Grundbuchs mit der Wirkung ein, daß das dingliche Recht gänzlich aufgehoben wird und auch nicht an den Eigentümer fällt (s. A 1). Die Löschung ist Berichtigung des Grundbuchs, die von Amts wegen auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts erfolgt (§§ 130, 158 ZVG), auch von Beteiligten angeregt werden kann. Ist jedoch eine *Gesamthypothek* zufolge Befriedigung des Gläubigers aus einem der belasteten Grundstücke auch an den übrigen Grundstücken erloschen, so ist das Vollstreckungsgericht nicht befugt, um Löschung der Hypothek auf den letzteren Grundstücken zu ersuchen, und darf auch das Grundbuchamt diese Löschung nicht von Amts wegen vornehmen; vielmehr ist gemäß der für Hypotheklöschungen jeder Art geltenden Vorschrift des § 27 GBO die Zustimmung der Eigentümer dieser Grundstücke (RJA 3, 48; OLG 14, 124; auch **RG** 72, 367) sowie ein Antrag eines Beteiligten (z. B. auch eines nachstehenden Hypothekengläubigers) auf Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung (§§ 13, 22 GBO) erforderlich (RJA 3, 48). Nötigenfalls kann gegen den noch eingetragenen Gläubiger, der ebensowenig wie die Eigentümer über die Hypothek zu verfügen befugt ist, gemäß § 894 auf Zustimmung zur Löschung geklagt werden (OLG 14, 124), auch von nachstehenden Hypothekengläubigern, deren Hypotheken vorrücken. Das rechtskräftige Urteil rechtfertigt dann (bei Zustimmung des Eigentümers) den Löschungsantrag (§ 894 ZPO). Vgl. auch § 49 Abs 2 GBO (Löschung des Mitbelastungsvermerks von Amts wegen). Wenn die Entstehung einer Ersatzhypothek gemäß § 1182 in Frage kommen kann, muß zur Begründung des Löschungsantrags dem Grundbuchamte weiter nachgewiesen werden, daß eine Ersatzhypothek nicht entstanden ist (z. B. durch Anerkenntnis des Eigentümers, aus dessen Grundstück der Gläubiger befriedigt ist, RJA 3, 49). Hat freilich inzwischen ein Dritter durch Rechtsgeschäft die noch nicht gelöschte Hypothek gutgläubig erworben, so ist diese in seiner Hand wieder zu einer rechtsbeständigen Hypothek geworden (§ 892) und dann die Löschung ausgeschlossen. — Zu bemerken ist, daß als Wirkung der Befriedigung im Abs 2 nicht, wie im Abs 1, das „Erlöschen", sondern das „Freiwerden" vom Gesetze deswegen bezeichnet ist, weil die Gesamthypothek nach § 1182 als Ersatzhypothek bestehenbleiben kann. Im übrigen ist beides sachlich gleichbedeutend. — Ist für die an den Gläubiger übertragene Forderung gegen den Ersteher eine Sicherungshypothek nach Maßgabe der §§ 118, 128 ZVG (s. A 1b) eingetragen und dabei gemäß § 123 ZVG vermerkt, daß, wenn das Recht des Gläubigers nach den besondern Vorschriften über die Gesamthypothek erlöschen sollte, die Forderung andern Berechtigten übertragen werde, so kann der Gläubiger nach Ablauf der in A 1b bezeichneten drei Monaten, da nunmehr er als befriedigt aus dem Grundstück gilt und damit die eventuelle Zuweisung der durch die Sicherungshypothek gesicherten Forderung gegen den Ersteher an die andern Berechtigten hinfällig geworden ist, von diesen nach § 894 Zustimmung zur Löschung der eventuellen Zuweisung, die ihn in der Verfügung über die Sicherungshypothek behindert, verlangen (OLG 34, 169). — Die *persönliche Forderung* des Gläubigers wird durch Erlöschen der Hypothek infolge des Zuschlags (§§ 52, 91 ZVG) nicht berührt. Nur wenn und soweit der Gläubiger demnächst aus dem Versteigerungserlöse befriedigt wird, ist er auch hinsichtlich der Forderung als befriedigt anzusehen. Das Gesetz sagt zwar nicht aus-

drücklich, daß die Befriedigung wegen der Hypothek zugleich Befriedigung wegen der Forderung bewirkt; jedoch folgt dies aus § 1113, wonach die hypothekarische Belastung darin besteht, daß „zur Befriedigung wegen der gesicherten Forderung" eine Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Die Befriedigung des Gläubigers hat in der Regel gemäß § 362 Abs 1 das Erlöschen der Forderung zur Folge (**RG** 81, 71; RJA 11, 304). Ist aber der Eigentümer, aus dessen Grundstück der Gläubiger befriedigt wird, nicht zugleich der persönliche Schuldner, so geht die Forderung (ohne die Hypothek) auf ihn über (s. § 1143 A 5). Hervorzuheben ist, daß auch zufolge der in A 1a, b, c genannten Vereinbarungen und Übertragungen der Gläubiger als wegen der persönlichen Forderung befriedigt zu gelten hat; denn das Gesetz legt diesen Rechtshandlungen die Wirkung der Befriedigung aus dem Grundstück bei (vgl. **RG** 70, 413; OLG 33, 110). Der persönliche Schuldner wird also, wenn er zugleich der Eigentümer (Vollstreckungsschuldner) ist, frei, wiewohl der Gläubiger (zunächst wenigstens) eine Zahlung noch nicht erhält; und die Forderung geht auf den (früheren) Eigentümer (ohne die Hypothek) über, wenn er nicht zugleich persönlicher Schuldner ist. Die Folge davon ist, insbesondere im Falle der Vereinbarung gemäß § 91 Abs 2 ZVG (s. A 1a), daß die Hypothek zwar als dingliches Recht an dem nunmehr dem Ersteher gehörenden Grundstück bestehenbleibt, daß sie jedoch stets von der ursprünglich gesicherten Forderung losgelöst ist und daher fortan nur als Grundschuld besteht, sofern sie nicht bei der Vereinbarung zugleich gemäß § 1198 in eine Hypothek für die Forderung gegen den Ersteher umgewandelt wird. Eine Schuldübernahme seitens des Erstehers hinsichtlich der ursprünglichen Forderung kann nicht in Betracht kommen, da die Forderung entweder erlischt oder auf einen andern als den bisherigen Gläubiger übergeht (str.; a. M. **RG** 70, 414; RJA 6, 152; OLG 9, 140).

3. Die der Befriedigung aus dem Grundstücke in der Wirkung (s. A 2) gleichstehende **Befriedigung aus den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt** (s. §§ 1120ff.), erfolgt gemäß § 1147 ebenfalls nur (s. A 1) im Wege der Zwangsvollstreckung (**RG** 56, 324). Von der Zwangsversteigerung des Grundstücks werden zugleich diese Gegenstände mitumfaßt, mit Ausnahme der im § 21 Abs 1, 2 ZVG bezeichneten. Die Zwangsverwaltung ergreift auch die letzteren Gegenstände (§ 148 Abs 1 Satz 1 ZVG). Ferner treten die Wirkungen des Abs 1 u. 2 auch dann ein, wenn der Hypothekengläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen aus den Gegenständen (volle oder teilweise) Befriedigung erhält (vgl. §§ 819, 835f., 844 ZPO). Jedoch ist hierbei Voraussetzung, daß der Gläubiger wegen seines dinglichen Rechtes, also namentlich auf Grund eines nach dinglicher Klage erstrittenen vollstreckbaren Urteils, die Zwangsvollstreckung betrieben hat. Wenn er nur wegen der persönlichen Forderung (nach erhobener Schuldklage) Befriedigung gesucht hat, wird durch die so erlangte Befriedigung die Hypothek nicht zum Erlöschen gebracht, vielmehr geht sie, wenn die Forderung durch die Befriedigung erlischt, gemäß § 1163 Abs 1 Satz 2, § 1177 Abs 1 als Grundschuld auf den Eigentümer über (**RG** 56, 325). Dies alles gilt auch von Forderungen gegen den Versicherer, auf die sich die Hypothek gemäß §§ 1127, 1128 erstreckt. Freiwillige Zahlung der Versicherungsgelder seitens des Versicherers an den Gläubiger löst die Wirkungen des Abs 1 u. 2 nicht aus, sondern nur eine im Wege der Zwangsvollstreckung (Pfändung der Forderung) erwirkte Zahlung (**RG** 56, 322; vgl. auch § 102 des VersVG v. 30. 5. 08).

§ 1182

Soweit im Falle einer Gesamthypothek der Eigentümer des Grundstücks, aus dem der Gläubiger befriedigt wird[1]), von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann[2]), geht die Hypothek an dem Grundstücke dieses Eigentümers auf ihn über[3]). Die Hypothek kann jedoch, wenn der Gläubiger nur teilweise befriedigt wird, nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek und, wenn das Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden Rechte belastet ist, nicht zum Nachteile dieses Rechtes geltend gemacht werden[4]).

E II 1089; P 3 624; 6 257.

1. Durch den eine Ausnahme von § 1181 Abs 2 enthaltenden § 1182 wird aus Billigkeitsgründen **im Falle einer Gesamthypothek** (§ 1132) dem **Eigentümer des Grundstücks, aus dem der Gläubiger** im Wege der Zwangsvollstreckung (s. hierüber § 1181 A 1) **befriedigt wird,** ebenso, wie durch § 1173 Abs 1, 2 dem den Gläubiger freiwillig befriedigenden Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke, eine sog. Ersatzhypothek (s. A 3) an dem mitbelasteten Grundstück gewährt, gegen dessen Eigentümer ihm etwa ein Ersatzanspruch zusteht. Voraussetzung ist auch hier (s. § 1173 A 2), daß die Eigentümer der

belasteten Grundstücke verschiedene Personen sind. Gehören die Grundstücke ein und derselben Person, so erlischt die Gesamthypothek zufolge der Befriedigung des Gläubigers aus einem der Grundstücke gemäß der Regel des § 1181 Abs 1, 2 an allen Grundstücken. — Der Befriedigung aus dem Grundstücke steht gleich die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung aus den mit dem betreffenden Grundstücke verbundenen Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt (s. § 1181 A 3). — Für den Fall der Befriedigung des Gläubigers aus dem Anteil eines Miteigentümers des im Miteigentum mehrerer nach Bruchteilen stehenden Grundstücks gilt das in § 1173 A 2 Bemerkte.

2. Über die in Betracht kommenden Fälle, in denen der Gläubiger, aus dessen Grundstücke der Gläubiger befriedigt wird, **von dem Eigentümer eines der andern Grundstücke oder von dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann,** vgl. § 1173 A 6 und § 1164 A 2, 3. — Wenn die Möglichkeit eines solchen Ersatzanspruchs nicht nach der Sachlage ausgeschlossen ist, darf der Grundbuchrichter ohne Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks, aus dem der Gläubiger befriedigt worden ist, die Hypothek an dem andern Grundstück, da sie Ersatzhypothek geworden sein könnte, nicht löschen (KGJ 47, 214).

3. Äußerstenfalls bis zur Höhe der Befriedigungssumme **geht die Hypothek,** soweit der Ersatzanspruch besteht, **an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers auf den ersatzberechtigten Eigentümer** kraft Gesetzes **über,** ohne daß es einer Umschreibung auf den letzteren oder bei einer Briefhypothek einer Briefübergabe bedarf (KGJ 47, 217). Streit besteht auch hier, wie in den ebenfalls den Übergang einer Hypothek in Höhe eines Ersatzanspruchs betreffenden Fällen der §§ 1164, 1173 Abs 2, 1174 (vgl. § 1164 A 2, § 1173 A 7), über die rechtliche Natur der Ersatzhypothek. Nach der einen Meinung verbindet sich das dingliche Recht stets mit der Ersatzforderung dergestalt, daß es fortan als Hypothek für die Ersatzforderung besteht. Eine andere Ansicht erachtet in dem Fall, daß der ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner der der bisherigen Gesamthypothek zugrunde liegenden Forderung ist, das übergehende hypothekarische Recht ebenfalls als Hypothek für die Ersatzforderung, nimmt dagegen an, daß, wenn der ersatzberechtigte Eigentümer nur dinglich für die bisherige Gesamthypothek haftete, er die Hypothek an dem ersatzpflichtigen Grundstück als Hypothek für die ursprüngliche Forderung in Höhe des Ersatzanspruchs erlange. Nach einer dritten Meinung verbindet sich das hypothekarische Recht niemals mit der Ersatzforderung, vielmehr ist das Bestehen dieser lediglich Voraussetzung für den Übergang jenes Rechtes, und weiter wird angenommen, daß die Hypothek, wenn der ersatzberechtigte Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, als Hypothek für die ursprüngliche Forderung, andernfalls als Grundschuld in Höhe des Ersatzanspruchs übergeht. Eine vierte Ansicht erachtet die übergehende Hypothek in jedem Falle als Hypothek für die ursprüngliche Forderung in Höhe des Ersatzanspruchs. Es ist der ersten Ansicht beizutreten. Ist der ersatzberechtigte Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner, so erlischt zufolge der Befriedigung des Gläubigers aus seinem Grundstück auch die ursprüngliche Forderung (§ 1181 A 2). Sie kann daher in diesem Falle nicht der übergehenden Hypothek zugrunde liegen; auch kann die Hypothekenforderung nicht eine dem Ersatzberechtigten als nunmehrigen Hypothekengläubiger gegen sich selbst zustehende Forderung sein. Aber auch als eine Grundschuld wegen Erlöschens der Forderung (§ 1163 Abs 1 Satz 2) ist die übergehende Hypothek in diesem Falle nicht zu erachten. Denn nach § 1177 Abs 1 Satz 1 verwandelt sich eine Hypothek nur dann in eine Grundschuld, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Eine solche Vereinigung findet nicht statt, da der ersatzpflichtige Eigentümer die Hypothek an seinem Grundstück nicht erwirbt, sondern sie auf den Ersatzberechtigten übergeht. Ferner würden, wenn sich die Hypothek in eine Grundschuld umwandeln würde, für sie die Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen der ursprünglichen Forderung weiter gelten, während zwischen dem Ersatzberechtigten und dem Ersatzpflichtigen Rechtsbeziehungen nur nach Maßgabe des Rechtsverhältnisses bestehen, auf Grund dessen für den Ersatzberechtigten zufolge Befriedigung des Hypothekengläubigers aus seinem Grundstück der Ersatzanspruch erwächst, so daß fortan die für die Ersatzforderung bestehenden Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen gelten müssen. Da nun die „Hypothek" auf den Ersatzberechtigten übergehen soll, eine Hypothek gemäß § 1113 begrifflich eine durch sie gesicherte Forderung voraussetzt und die ursprüngliche Hypothekenforderung im Falle der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück des persönlichen Schuldners erlischt, so ergibt sich für diesen Fall der notwendige Schluß, daß die auf den Ersatzberechtigten übergehende Hypothek sich kraft Gesetzes mit der Ersatzforderung verbindet. § 1182 macht aber hinsichtlich des Hypothekenübergangs keinen Unterschied, ob der Ersatzberechtigte zugleich persönlicher Schuldner der ursprünglichen Hypothekenforderung ist oder nicht. Von der letzteren ist darin überhaupt nicht die Rede. Einerseits ist nur über den Übergang der Hypothek, des dinglichen Rechtes, Bestimmung getroffen, anderseits diese Hypothek lediglich zu der Ersatzforderung in Beziehung gesetzt. Deshalb und, weil der Zweck des § 1182 ist, dem Ersatzberechtigten durch die Hypothek an dem Grundstück des Ersatzpflichtigen Sicherung für seinen Ersatzanspruch zu gewähren (Prot 3, 626), ist anzunehmen: sowohl, wenn der Ersatzpflichtige zugleich persön-

licher Schuldner ist, als auch dann, wenn er nur dinglich haftet, geht die Hypothek an dem Grundstück des Ersatzpflichtigen dergestalt auf ihn über, daß sie als Hypothek für die Ersatzforderung besteht und der Ersatzpflichtige der persönliche Schuldner dieser durch sie gesicherten Forderung ist (**RG** 81, 71). Im zweiten Falle erwirbt allerdings der ersatzberechtigte Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, zufolge der Befriedigung des Gläubigers aus seinem Grundstück nach dem entsprechend anzuwendenden § 1143 die ursprüngliche Hypothekenforderung (§ 1143 A 5, § 1181 A 2). Aber diese Forderung ist nicht mehr mit einer Hypothek bekleidet, da diese teils zur Hypothek für die Ersatzforderung geworden, teils erloschen ist, und dem Ersatzberechtigten stehen nun beide Forderungen in ähnlicher Weise zu, wie nach § 426 Abs 2 dem den Gläubiger befriedigenden Gesamtschuldner der etwaige Ausgleichungsanspruch gegen den andern Schuldner und die in Höhe dieses Anspruchs auf ihn übergehende Forderung des Gläubigers (vgl. **RG** 69, 424; 81, 71). — Erstreckt sich die dem Ersatzanspruche zugrunde liegende Verpflichtung nur auf die Zahlung von Hypothekenzinsen (s. über diesen Fall § 1173 A 6), so geht, wenn der Gläubiger aus dem Grundstücke des Ersatzberechtigten wegen Hypothekenzinsen befriedigt worden ist, die Hypothek an dem nicht versteigerten Grundstück in Höhe der Ersatzforderung auf den ersatzberechtigten Eigentümer ebenfalls als Hypothek für die Ersatzforderung über, wobei diese Hypothek eine solche für eine Hauptschuld, nicht eine Hypothek für Zinsen ist, da die Ersatzforderung an die Stelle der Zinsforderung tritt (KGJ 47, 216). — An den Grundstücken der nicht ersatzpflichtigen Eigentümer erlischt die Hypothek gemäß § 1181 Abs 2 (über die Löschung der Hypotheken an diesen Grundstücken auf Antrag s. § 1181 A 2). Ferner erlischt die Hypothek auch an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers insoweit, als der Ersatzanspruch die Höhe der Befriedigungssumme nicht erreicht. Weiter tritt Erlöschen der Hypothek, anders wie im Falle des § 1173 Abs 2, auch an dem Grundstück des ersatzberechtigten Eigentümers gemäß § 1181 Abs 1 ein (über die Löschung dieser Hypothek auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts s. § 1181 A 2). Die Ersatzhypothek besteht also hier nicht als Gesamthypothek (s. § 1173 A 7), sondern als Einzelhypothek, nämlich allein an dem Grundstück des ersatzpflichtigen Eigentümers. Wenn allerdings der nämliche Ersatzanspruch gegen die Eigentümer mehrerer Grundstücke gegeben ist, erlangt der ersatzberechtigte Eigentümer für seinen Ersatzanspruch eine Gesamthypothek an diesen mehreren Grundstücken. — Hinsichtlich der Rechte, die dem ersatzberechtigten Eigentümer gegen den Gläubiger behufs Herbeiführung der Berichtigung des Grundbuchs zustehen, und bezüglich der Nachweise, die der Ersatzberechtigte dem Grundbuchamte beizubringen hat, wenn er die (Brief- oder Buch-) Hypothek auf seinen Namen umschreiben lassen oder sonst über sie verfügen will, gilt das in § 1164 A 2 Bemerkte entsprechend.

4. Wenn **der Gläubiger** der Gesamthypothek **nur teilweise befriedigt wird, kann die Ersatzhypothek** (wie gleiches sich aus § 1176 für den Fall des § 1173 Abs 2 ergibt) **nicht zum Nachteile der Resthypothek des Gläubigers** (die an den nicht versteigerten Grundstücken bestehenbleibt) **geltend gemacht werden,** so daß insbesondere die Resthypothek an dem betreffenden Grundstücke der Ersatzhypothek im Range vorgeht. Ferner kann die Ersatzhypothek, **wenn das** mit ihr belastete **Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden Rechte** (gleichviel ob ein hypothekarisches oder ein sonstiges dingliches Recht) **belastet ist, nicht zum Nachteile dieses Rechtes geltend gemacht werden** (weil der Berechtigte mit der Möglichkeit rechnen konnte, daß sein Recht zufolge Befriedigung der Hypothek aus einem der andern Grundstücke vorrücken würde), so daß (anders wie im Falle des § 1173 Abs 2) die Ersatzhypothek dem Rechte im Range nachsteht (Prot 3, 627). Das Recht muß aber zur Zeit des Übergangs der Ersatzhypothek bereits bestehen, also vor der zwangsweisen Befriedigung der Gesamthypothek eingetragen worden sein (RJA 11, 306; KGJ 47, 214).

§ 1183

Zur Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft ist die Zustimmung des Eigentümers erforderlich[1]). Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger gegenüber zu erklären[2]); sie ist unwiderruflich[3]).

E I 1091 II 1090; M 3 719; P 3 615, 725.

1. Zur **Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft** ist zunächst gemäß § 875, der sich ebensowenig wie § 1183 auf die Fälle des Erlöschens der Hypothek kraft Gesetzes (z. B. Eintritt einer auflösenden Bedingung, eines Endtermins; vgl. ferner §§ 1173 Abs 1, 1174 Abs 1, 1175 Abs 1 Satz 2, 1181) bezieht (s. § 875 A 1), die gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer abzugebende Erklärung des Gläubigers, daß er die Hypothek aufgebe, und die Löschung der Hypothek im Grundbuch erforderlich (**RG** 72, 365). Über den Unterschied zwischen dieser Erklärung und der zum Verzicht auf die Hypothek nach § 1168 erforderlichen Erklärung des Gläubigers vgl. § 1168 A 1; auch OLG 20, 418; 23, 327. — Während zur Aufhebung der andern dinglichen Rechte nach § 875 die Erklärung des Berechtigten,

daß er das Recht aufgebe, genügt, ist nach § 1183 zur Aufhebung einer Hypothek (und also gemäß §§ 1192, 1200 auch einer Grundschuld und einer Rentenschuld) ferner **die Zustimmung des Eigentümers erforderlich,** weil er durch die Aufhebung seines Rechtes auf Erwerb der Hypothek (§ 1177) verlustig geht (Prot 3, 616; **RG** 78, 69). Eine Einigung jedoch ist vom Gesetze nicht, wie zur Begründung der Hypothek nach § 873, erfordert, vielmehr ist die einseitige Erklärung des Gläubigers nach § 875 und die einseitige Zustimmungserklärung des Eigentümers nach § 1183 genügend (KGJ 24 A 216; 25 A 273; 27 B 46; RJA 10, 240). Daraus ist z. B. zu folgern, daß der Gläubiger zugleich als Vertreter des Eigentümers die Zustimmungserklärung abgeben kann; § 181 steht nicht entgegen, wenn beide Erklärungen dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben werden (RJA 10, 238; vgl. **RG** 76, 92). — Steht das Grundstück im Miteigentum, so müssen sämtliche Miteigentümer zustimmen, wenn die Hypothek am ganzen Grundstück aufgehoben werden soll (RJA 1, 120). Jedoch kann nach Maßgabe des zwischen den Eigentümern bestehenden Rechtsverhältnisses (z. B. im Falle ehelicher Gütergemeinschaft, §§ 1443, 1446) die Zustimmungserklärung des einen zugleich als solche des andern Miteigentümers wirken (KGJ 22 A 140; RJA 4, 168). Soll im Falle des Miteigentums nach Bruchteilen die Hypothek nur an einem Miteigentumsanteil aufgehoben werden, so genügt gemäß § 747 die Zustimmung des betreffenden Miteigentümers allein (KGJ 30 A 258). — Zur Aufhebung einer Gesamthypothek (wohl zu unterscheiden von dem Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek, der nach § 1175 Abs 1 Satz 1 bewirkt, daß die Hypothek sämtlichen Eigentümern gemeinschaftlich zufällt, § 1175 A 1) ist die Zustimmung der Eigentümer sämtlicher belasteter Grundstücke erforderlich, sowie die Löschung auf sämtlichen Grundbuchblättern. Soll nur eines der Grundstücke von der Belastung frei werden, so handelt es sich nicht um eine „Aufhebung" der „Hypothek", da diese an den andern Grundstücken bestehenbleibt. Vielmehr wird eine Gesamthypothek in Anbetracht ihrer Einheitlichkeit (s. § 1132 A 3) nur dann aufgehoben, wenn das hypothekarische Recht gänzlich, also bezüglich aller Grundstücke, beseitigt wird (str.). Die Befreiung nur eines der Grundstücke von der Haftung kann lediglich durch einen Verzicht des Gläubigers (Verzichtserklärung und Eintragung der Erklärung) herbeigeführt werden. Dieser bewirkt gemäß § 1175 Abs 1 Satz 2 Erlöschen der Hypothek an dem einen Grundstück, ohne daß es der Zustimmung des Eigentümers bedarf. Vgl. darüber, daß die Löschung, wenn sie nur bezüglich eines der Grundstücke bewilligt und beantragt ist, nicht auch auf den übrigen mithaftenden Grundstücken erfolgen darf, § 875 A 3. Formellrechtlich allerdings ist nach § 27 GBO zur Herbeiführung der Löschung die Beibringung der Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Vgl. hierüber § 1175 A 3. — Dies gilt entsprechend auch dann, wenn ein Trennstück aus der Pfandhaft für eine Einzelhypothek entlassen werden soll (s. § 1175 A 3). — Dagegen ist weder materiellrechtlich noch nach formellem Recht die Zustimmung des Eigentümers erforderlich, wenn eine Gesamthypothek gemäß § 1132 Abs 2 vom Gläubiger auf die einzelnen Grundstücke verteilt wird (§ 1132 A 8; **RG** 70, 91 und KGJ 37 A 307 unter Aufgabe von RJA 2, 240). — Ist der Eigentümer selbst Gläubiger der Hypothek (Grundschuld), so genügt seine Aufhebungserklärung gemäß § 875 allein (**RG** 66, 288; 73, 174). Hat er das Grundstück veräußert, so ist auch noch die Zustimmung des neuen Eigentümers gemäß § 1183 erforderlich (OLG 3, 224; 8, 315; RJA 8, 163). — Auch auf die Herabsetzung des Zinsfußes sind die §§ 875, 1183 anzuwenden (s. hierüber § 1119 A 3, § 1178 A 5). — Die Wirkung der Aufhebung ist, daß die Hypothek erlischt. Die nachstehenden Berechtigten rücken vor. Diese Wirkung tritt in dem Zeitpunkt ein, in dem die drei Erfordernisse: Aufhebungserklärung des Gläubigers, Zustimmung des Eigentümers und Löschung, insgesamt vorliegen. Auf eine bestimmte zeitliche Aufeinanderfolge kommt es nicht an. Aufhebungserklärung und Zustimmung können auch der Löschung nachfolgen. — Ist die Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet (s. § 876 A 1), so bedarf es gemäß § 876 auch dessen Zustimmung (s. § 876 A 3, 6—8). Unter Umständen ist der Drittberechtigte auch befugt, statt des Gläubigers die Aufhebungserklärung abzugeben, so z. B. ein Pfandgläubiger oder ein Pfändungsgläubiger (§ 1282; ZPO §§ 836, 837; KGJ 23 A 147; 29 A 187; 31 A 316; OLG 8, 210). — Auf die Hypothek für die im § 1178 bezeichneten Forderungen (Rückstände von Zinsen usw., Kosten) findet § 1183 keine Anwendung (vgl. § 1178 A 3, 5).

2. **Die gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger zu erklärende Zustimmung** des Eigentümers bedarf keiner bestimmten Wortfassung (**RG** 52, 416) und auch keiner Form (s. § 875 A 7, 8). — Formellrechtlich allerdings ist zur Begründung des Löschungsantrags, der nicht nur vom Eigentümer, sondern auch vom Gläubiger (formlos, § 30 GBO) gestellt werden kann (§ 13 GBO), erforderlich, daß sowohl die Aufhebungserklärung des Gläubigers (§ 19 GBO) als auch die Zustimmung des Eigentümers (§ 27 GBO) in der Form des § 29 GBO erteilt worden ist (RJA 4, 168; KGJ 43, 148). Die Löschungsbewilligung (Aufhebungserklärung) ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung; sie wird nach § 130 erst wirksam, wenn sie einem Empfangsberechtigten zugeht (KGJ 24 A 216; 37 A 223; 43, 149; OLG 5, 407). Als empfangsberechtigt ist nicht nur das Grundbuchamt, sondern auch derjenige anzu-

sehen, zu dessen Gunsten die Erklärung abgegeben wird (KGJ 37 A 223; 43, 149). Dies ist besonders von Bedeutung für die Frage, ob, wenn ein Dritter in Vertretung des Gläubigers die Löschungsbewilligung erklärt hat, zur Zeit des Zugehens an das Grundbuchamt oder an den Begünstigten die Vertretungsmacht noch bestand (KGJ 43, 151). Einer Aufhebungserklärung (oder deren Ersatz durch Urteil gemäß § 894 ZPO) steht (hinsichtlich der Vornahme der Löschung) gleich eine Löschungsbewilligung (s. § 1168 A 1, RJA 3, 36). — Zu bemerken ist, daß der vorerwähnte, die Zustimmung des Eigentümers auch formellrechtlich erfordernde § 27 GBO sich nicht bloß auf die rechtsgeschäftliche Aufhebung bezieht, sondern auf jede Löschung einer Hypothek, insbesondere auch auf die Fälle, in denen die Hypothek kraft Gesetzes erloschen ist, also die Entstehung einer Eigentümerhypothek gar nicht in Frage kommen kann und die Löschung lediglich zur Berichtigung des Grundbuchs erfolgt (RG 72, 367; KGJ 24 A 137; 25 A 318; 26 A 254; vgl. auch OLG 26, 172 [materiellrechtlich hat eine solche Zustimmung, z. B. hinsichtlich der Frage des Erfordernisses vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung, keine Bedeutung]). — Formellrechtlich (nicht auch nach BGB, RJA 3, 42) ist ferner gemäß § 40 GBO (Ausnahme § 41) erforderlich, daß der Eigentümer als solcher im Grundbuch eingetragen ist (KGJ 26 A 254; 27 A 146; RJA 4, 267; OLG 5, 300).

3. Über die Bedeutung der **Unwiderruflichkeit** der Zustimmung vgl. § 875 A 9, § 876 A 8.

§ 1184

Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden[1]), daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt[2]) und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann[3]) (Sicherungshypothek).

Die Hypothek muß im Grundbuch als Sicherungshypothek bezeichnet werden[4]).

E I 1125, 1126 II 1092; M 3 764; P 3 678.

1. **Bestellt wird die Sicherungshypothek,** wie die Verkehrshypothek, gemäß § 873 durch Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger und Eintragung. Jedoch müssen die Beteiligten sich über das Wesen der Sicherungshypothek klar sein und namentlich ihren Willen darauf richten, daß die Forderung nicht unter dem öffentlichen Glauben stehen und für den Eigentümer alle Einwendungen aus dem persönlichen Schuldverhältnisse gegenüber der dinglichen Klage eines jeden Erwerbers gegeben sein sollen (§ 1185 Abs 2). Daß dabei das Wort „Sicherungshypothek" gebraucht wird, ist nicht unbedingt notwendig (KGJ 34 A 325). Wird die Einigungserklärung eines Teiles durch rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 ZPO ersetzt, so muß die Verurteilung deutlich auf Bewilligung der Eintragung einer Sicherungshypothek lauten. Sonst kann von dem andern Teil nur die Eintragung einer Verkehrshypothek verlangt werden. — Die zu sichernde Forderung ist bei der Bestellung der Sicherungshypothek in gleicher Weise anzugeben wie bei Bestellung einer Verkehrshypothek (s. § 1113 A 5; KGJ 35 A 283). — Über die Fälle, in denen Sicherungshypotheken kraft Gesetzes entstehen oder im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragen werden, vgl. die Vorbem 4, 5, 6 vor § 1113 sowie § 873 A 1. Auch auf diese Sicherungshypotheken finden die Vorschriften über die vertragsmäßige Sicherungshypothek Anwendung. Für die wichtigsten von ihnen, die Sicherungshypotheken für die Forderungen gegen den Ersteher eines zwangsversteigerten Grundstücks und die Arrest- und Zwangshypotheken, sind einige Sondervorschriften gegeben. Vgl. in ersterer Hinsicht ZVG § 130 Abs 1 Satz 2 (Ersichtlichmachung im Grundbuche, daß die Eintragung auf Grund eines Zwangsversteigerungsverfahrens erfolgt ist), § 128 Abs 3 Satz 2 (im Falle der Vereinigung mit dem Eigentum nicht zum Nachteil bestehengebliebener Rechte usw. geltend zu machen; vgl. dazu RJA 12, 276: die Forderung gegen den Ersteher, der das Bargebot nicht berichtigt hat, kann, wenn auch er mit einem Recht am Grundstück beteiligt war, auf ihn selbst übertragen, und es kann für ihn selbst die Eintragung einer Sicherungshypothek vom Vollstreckungsgericht veranlaßt werden, falls sein Recht mit dem Rechte eines Dritten [z. B. Nießbrauch, Pfandrecht] belastet ist), §§ 128 Abs 1, 2, 129 (Rangverhältnisse unter mehreren Sicherungshypotheken). Für eine Arrest- oder Zwangshypothek kann eine Gesamthypothek an mehreren Grundstücken nicht eingetragen werden. Auch gelten für sie hinsichtlich der Entstehung einer Eigentümerhypothek Sondervorschriften. Vgl. hierüber §§ 1132 A 3 und 1177 A 2. Bezüglich der auch für Arresthypotheken geltenden (RG 60, 279; RJA 1, 20) Vorschrift des § 866 ZPO, daß eine Zwangshypothek nur für eine den Betrag von 300 Mark übersteigende Forderung eingetragen werden darf und die §§ 4, 5 ZPO entsprechende Anwendung finden, sind zahlreiche Streitfragen entstanden, auf die hier nicht einzugehen ist. Die Arresthypothek ist eine Höchstbetrags-Sicherungshypothek (§ 1190) in Höhe des nach § 923 ZPO festgestellten Betrags (§ 932 Abs 1 ZPO). — Eine für

eine Bauarbeitenforderung bestellte Verkehrshypothek ist nicht deshalb eine Sicherungshypothek, weil der Bau noch nicht fertiggestellt ist (RG Gruch 50, 990). — Unzulässig ist es nicht, daß eine Hypothek in der Weise bestellt wird, daß sie nach außen als Verkehrshypothek, dagegen im Innenverhältnisse zwischen den Beteiligten als Sicherungshypothek, insbesondere Höchstbetragshypothek, gelten soll (RG 60, 247; Gruch 51, 378; Warn 1917 Nr 19; vgl. § 1190 A 4 a. E.).

2. Das wesentliche Merkmal der Sicherungshypothek besteht darin, daß **das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt.** Das hat in Verbindung mit dem die Anwendung der §§ 1138, 1156 ausschließenden § 1185 Abs 2 die Bedeutung, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs bei der Sicherungshypothek nicht, wie bei der Verkehrshypothek, auch hinsichtlich der Forderung gilt, daß also die Sicherungshypothek für den Gläubiger von dem wirklichen Bestehen seiner Forderung abhängig ist (RG 90, 150; Warn 1919 Nr 115), und (nicht nur der Schuldner gegenüber dem persönlichen Anspruch der Schuldklage, sondern auch) der Eigentümer gegenüber dem dinglichen Anspruch, der dinglichen Klage aus der Hypothek (s. § 1138 A 1), alle gegen die persönliche Forderung zustehenden Einwendungen (s. § 1137 A 1—3, z. B. der Zahlung, des sonstigen Erlöschens, des Fehlens des Gläubigerrechts) selbst dann geltend machen kann, wenn der den dinglichen Anspruch Verfolgende nicht der ursprüngliche Gläubiger, sondern ein gutgläubiger Erwerber der Sicherungshypothek ist, und zwar in den Grenzen der §§ 406—408 auch solche Einwendungen, die sich auf Tatsachen gründen, die erst nach der Übertragung der Hypothek an den Erwerber eingetreten sind (s. § 1185 A 2, 5). — Dagegen gilt der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 892) für den Bestand des dinglichen Rechtes auch bei der Sicherungshypothek. Daher kann dem gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerber der Hypothek von dem mit der dinglichen Klage belangten Eigentümer z. B. nicht entgegengesetzt werden, daß die Hypothek wegen fehlender oder nichtiger Einigung über die Hypothekbestellung nicht bestehe, oder daß der als Gläubiger eingetragene Rechtsurheber nicht der wahre Gläubiger sei, sofern nicht die derartige Einwendungen begründenden Tatsachen sich aus dem Grundbuch ergeben. Auch gegen Einreden, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zustehen, ist der gutgläubige Erwerber nach Maßgabe des § 1157 wie bei der Verkehrshypothek geschützt, da diese Einreden sich nicht gegen die Forderung richten (RG 74, 215).

3. Wie die Forderung bei der Sicherungshypothek nicht unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892) steht (s. A 2), so kann bei der Sicherungshypothek ferner auch **der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht** (wie bei der Verkehrshypothek gemäß §§ 891, 1138) **auf die Eintragung berufen** (s. § 1185 A 2), vielmehr muß er ebenso, wie im Falle der Schuldklage gegen den persönlichen Schuldner, auf Bestreiten des mit der dinglichen Klage belangten Eigentümers die Entstehung der Forderung nachweisen, da er im Falle des Nichtentstehens nicht Gläubiger der Hypothek wäre, diese vielmehr gemäß § 1163 Abs 1 Satz 1 dem Eigentümer selbst zustehen würde (RG Gruch 52, 1070; 58, 833; Warn [1914 Nr 291]; 1919 Nr 115; JW 1911, 277[4]). Wenn ein rechtskräftiges Urteil beigebracht wird und feststeht, daß die durch das Urteil festgestellte Forderung in die Hypotheksicherung fällt, bedarf es eines weiteren Beweises nicht. Dagegen genügt nicht ohne weiteres eine vollstreckbare Urkunde, auch nicht, wenn auf Grund ihrer die Sicherungshypothek gemäß § 866 ZPO (Zwangshypothek) eingetragen ist; so z. B., wenn die Hypothek für eine Bürgschaftsschuld bestellt ist, nicht hinsichtlich der Frage der Fälligkeit oder gar des Bestehens der Forderung (RG JW 1911, 277[4]). Aber auch in einem die Zuweisung des im Zwangsversteigerungsverfahren auf die Hypothek entfallenen Versteigerungserlöses betreffenden Rechtsstreite zwischen dem Gläubiger und einem nachstehenden Hypothekengläubiger, zu dessen Gunsten eine Löschungsvormerkung (§ 1179) bei der Hypothek eingetragen ist, muß der erstere Gläubiger das Bestehen der gesicherten Forderung beweisen, gleichviel ob er oder der Vormerkungsberechtigte die klagende Partei ist; denn zufolge der Vormerkung, die im Falle des Nichtbestehens der Forderung sowohl den Gläubiger wie den Eigentümer verpflichtet, den auf die Eigentümergrundschuld (s. § 1185 A 4) entfallenen Erlösteil nicht in Anspruch zu nehmen (s. § 1179 A 7), steht der Vormerkungsberechtigte im Verhältnis zum Gläubiger hinsichtlich der Erfordernisse für die Geltendmachung der Sicherungshypothek dem Eigentümer gleich (vgl. RG Gruch 52, 1072). Ferner liegt dem Gläubiger, wenn der Grundstückseigentümer gegen ihn mit der Behauptung, die Forderung, die durch die Hypothek gesichert werden sollte, sei nicht zur Entstehung gelangt, die Grundbuchberichtigungsklage aus § 894 auf Bewilligung der Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld (§§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1) oder auch, was den Gläubiger nicht beschwert (vgl. RG Gruch 58, 670, auch RG 86, 305; 91, 226), auf Bewilligung der Löschung erhebt, wie bei der negativen Feststellungsklage bezüglich einer Forderung, da er sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann, die Beweislast dafür ob, daß die Forderung zur Entstehung gelangt ist, sofern sich nicht aus den Eintragungsurkunden in erster Linie ein Beweis dafür

ergibt (**RG** Warn 1919 Nr 115), namentlich aber wenn die Hypothek für eine künftige Forderung (§ 1113 Abs 2) bestellt ist (vgl. **RG** Gruch 58, 833; Warn 1914 Nr 76 [291]; § 894 A 5). — Für das dingliche Recht dagegen streitet auch bei der Sicherungshypothek die Vermutung aus § 891. Der Gläubiger braucht daher z. B. nicht zu beweisen, daß die Hypothek rechtsgültig begründet ist, oder, wenn er als Gläubiger eingetragen ist, daß er die Hypothek rechtswirksam erworben hat.

4. Da Abs 2 zur Verhütung von Täuschungen über den Inhalt des Rechtes (M 3, 765) zwingend bestimmt, daß **die Hypothek im Grundbuch als Sicherungshypothek bezeichnet werden muß,** ist die Hypothek, wenn die Einigung auf Bestellung einer Sicherungshypothek gerichtet war (s. A 1), dagegen die Bezeichnung als Sicherungshypothek (es genügt auch eine Beschreibung, aus der sich unzweifelhaft ergibt, daß es sich um eine Sicherungshypothek handelt, vgl. **RG** Gruch 52, 1069; KGJ 34 A 325) in das Grundbuch (aus Versehen) nicht aufgenommen ist, nichtig und kann Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs (§ 894) verlangt werden. Für den gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerber gilt allerdings solch eine Hypothek als Verkehrshypothek. — Jedoch gelten die Inhaber- und Order-Sicherungshypotheken der §§ 1187ff. und die Höchstbetrags-Sicherungshypothek des § 1190 gemäß §§ 1187 Satz 2, 1190 Abs 3, sowie die im Grundbuch als Bauhypothek bezeichnete Hypothek des § 27 RGes., betr. die Sicherung der Bauforderungen v. 1. 6. 09, auch dann als Sicherungshypotheken, wenn sie als solche im Grundbuche nicht bezeichnet sind. — Im Falle der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek (§ 867 Abs 1 ZPO) ist zwar nicht zur rechtswirksamen Entstehung der Hypothek, aber doch zur ordnungsmäßigen Erledigung des Eintragungsantrags, da für diese Hypothek Besonderheiten gegenüber der Vertragssicherungshypothek gelten (nach § 868 ZPO hinsichtlich ihres Erwerbs durch den Eigentümer, nach § 867 Abs 1 Satz 3 ZPO gegenüber § 1118 BGB hinsichtlich der Haftung des Grundstücks für die Eintragungskosten, **RG** 78, 406; § 1118 A 3), die Angabe erforderlich, daß die Hypothek im Zwangsvollstreckungswege eingetragen ist, soweit dies nicht durch die Bezeichnung des vollstreckbaren Titels schon ersichtlich gemacht wird (KGJ 49, 228).

§ 1185

Bei der Sicherungshypothek ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen[1]).

Die Vorschriften der §§ 1138[2]), 1139[3]), 1141[4]), 1156[5]) finden keine Anwendung[6]).

E I 1127, 1128 II 1093; M 3 765; P 3 682.

1. Während die Verkehrshypothek nach § 1116 Abs 1 Briefhypothek ist, wenn sie nicht gemäß § 1116 Abs 2 ausdrücklich als Buchhypothek bestellt wird (s. § 1116 A 2—4), ist **bei der Sicherungshypothek die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen.** Eines Vermerks hierüber im Grundbuche, wie bei der Verkehrshypothek (§ 1116 Abs 2), bedarf es nicht, da aus der nach § 1184 Abs 2 notwendigen Bezeichnung der Hypothek als Sicherungshypothek (und bei Inhaber- oder Orderhypotheken des § 1187, sowie bei der Höchstbetragshypothek des § 1190 aus der Art der Forderung bzw. aus der Höchstbetragseintragung) sich von selbst ergibt, daß die Hypothek eine Buchhypothek ist, und daher auch gutgläubige Dritte die Hypothek als Buchhypothek ohne weiteres gelten lassen müssen. — Demnach finden die auf die Briefhypothek bezüglichen Vorschriften auf die Sicherungshypothek nicht Anwendung, insbesondere nicht die §§ 1117 (Hypothekerwerb durch Briefübergabe), 1140, 1155, 1157 Satz 2 (Brief gleichstehend dem Grundbuch), 1144, 1145, 1150, 1167, 1168 Abs 3 (Aushändigung bzw. Vorlegung des Briefes zur Grundbuchberichtigung), 1152 (Teilbrief), 1154 Abs 1, 2 (Abtretung der Briefhypothek), 1160, 1161 (Vorlegung des Briefes bei Geltendmachung der Hypothek), 1163 Abs 2 (Eigentümergrundschuld bis zur Übergabe des Briefes), 1162, 1170 Abs 2 Satz 2, 1171 Abs 2 Satz 2 (Kraftloserklärung des Briefes).

2. **Da die Vorschrift des § 1138,** wonach die Vorschriften der §§ 891—899 für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden gelten, auf die Sicherungshypothek **keine Anwendung** findet, kann zunächst bei Erhebung (nicht nur der Schuldklage gegen den persönlichen Schuldner, sondern auch) der dinglichen Klage gegen den Eigentümer aus der Hypothek, wie in § 1184 A 2, 3 dargelegt worden ist, der Gläubiger sich nicht (wie für Bestehen des dinglichen Hypothekenrechts) für das Bestehen der Forderung auf die Vermutung des § 891 berufen, so daß er im Falle des Bestreitens die Entstehung der Forderung zur Begründung der Klage beweisen muß. Auch steht ihm, selbst wenn er die Hypothek gutgläubig durch Rechtsgeschäft erworben hat, hinsichtlich der Einwendungen und der Einreden, die dem Eigentümer gegen die Forderung gegeben sind

(s. hierüber § 1137 A 1ff., auch § 1156 A 3 a. E.), nicht (wie bezüglich der Einwendungen und Einreden gegen das dingliche Hypothekenrecht) der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gemäß § 892 zur Seite (auch wenn die Einwendungen sich nicht auf die Nebenleistungen usw. beziehen, für die schon die §§ 1158, 1159 Ausnahmebestimmungen geben). Daraus ergibt sich weiter von selbst, daß in dieser Hinsicht auch die §§ 894—899 vom Gesetz für unanwendbar zu erklären waren (OLG 26, 11). Hinsichtlich des dinglichen Rechtes dagegen gelten letztere Vorschriften auch für die Sicherungshypothek (z. B. Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs, Eintragung eines Widerspruchs wegen Nichtigkeit der Hypothekeintragung). Daß auch § 1157 auf die Sicherungshypothek Anwendung findet, ist bereits in § 1184 A 2 bemerkt. Was sodann die Unanwendbarkeit des § 893 in Ansehung der Forderung anlangt, so wird man in Anbetracht des engen Zusammenhangs der Sicherungshypothek mit der Forderung annehmen müssen, daß Leistungen an den (nicht wahren) Buchgläubiger den Eigentümer (trotz guten Glaubens) nicht befreien (str.). Bezüglich der Rechtsgeschäfte des Gläubigers mit dem Bucheigentümer oder des Eigentümers mit dem Buchgläubiger (z. B. Änderung der Zahlungsbedingungen) ist hinsichtlich der Wirksamkeit zu unterscheiden, ob sie die Forderung (z. B. Kündigung, s. A 4) oder das dingliche Recht betreffen.

3. **Die Vorschrift des § 1139,** betreffend die Eintragung eines Widerspruchs wegen unterbliebener Auszahlung des gegen Hypothek zugesagten Darlehns, ist deshalb für **unanwendbar** erklärt, weil der Eigentümer gegen die Gefahr gutgläubigen Erwerbs der mit einer Forderung noch nicht versehenen Hypothek schon dadurch geschützt ist, daß bei der Sicherungshypothek der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich nicht auch auf die Forderung erstreckt (s. A 2).

4. Infolge der **Unanwendbarkeit des § 1141** und, weil die Sicherungshypothek überhaupt von der Forderung, also auch ihre Fälligkeit von der der Forderung abhängt, ist die Kündigung nicht, wie bei der Verkehrshypothek, wirksam, wenn sie zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, sondern nur, wenn sie vom Gläubiger gegenüber dem persönlichen Schuldner oder von diesem gegenüber jenem erklärt wird. Der (vom persönlichen Schuldner verschiedene) Eigentümer muß diese Kündigung gegen sich gelten lassen. Vgl. auch A 2 wegen Unanwendbarkeit des § 893 auf die Kündigung (gegenüber dem Buchgläubiger oder dem Bucheigentümer).

5. Aus der **Unanwendbarkeit des § 1156** folgt, daß der Eigentümer, anders wie bei der Verkehrshypothek, gegenüber der dinglichen Klage eines (sei es auch gutgläubigen rechtsgeschäftlichen) Erwerbers der Sicherungshypothek ebenso, wie der persönliche Schuldner gegenüber der Schuldklage des neuen Gläubigers (Zessionars), Einwendungen nach Maßgabe der §§ 406—408, betreffend Aufrechnung gegen den bisherigen Gläubiger, Leistung an diesen, nochmalige Abtretung (s. § 1156 A 3), geltend machen kann, wiewohl die Tatsachen, auf die sich diese Einwendungen gründen, erst nach der Übertragung eingetreten sind.

6. Abgesehen von den nach §§ 1184 A 2, 3, 1185 A 2—5 unanwendbaren Vorschriften und von den nach § 1184 A 1, 4 für die Bestellung geltenden Besonderheiten **finden alle übrigen auf die Buchhypothek** (s. A 1) **bezüglichen Vorschriften** auch auf die Sicherungshypothek **Anwendung** (**RG** 49, 165; KGJ 28 A 270). Insbesondere erfolgt die Abtretung der Sicherungshypothek (und die Belastung mit Nießbrauch oder Pfandrecht) gemäß §§ 1154 Abs 3, 873 (und §§ 1069, 1274, 1291) durch Einigung und Eintragung (s. § 1154 A 7; OLG 12, 133; 18, 204). Sonderbestimmungen jedoch gelten für die Inhaber- und Orderhypotheken (§ 1187 Satz 3) und für die Höchstbetragshypothek (§ 1190 Abs 4). — Ferner darf nach § 1153 Abs 2 die Forderung nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden (KGJ 28 A 270; OLG 18, 204). Eine Ausnahme gilt allerdings auch in dieser Hinsicht gemäß § 1190 Abs 4 für die Höchstbetragshypothek. — Weiter ist die Sicherungshypothek, auch die Höchstbetragshypothek, in gleicher Weise, wie die Verkehrshypothek, der Eigentümergrundschuld (§ 1177 Abs 1) und der Hypothek des Eigentümers (§ 1177 Abs 2) zugänglich (**RG** 49, 165; 55, 217; 61, 39; Gruch 52, 1070). Die Sicherungshypothek wandelt sich also, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, kraft Gesetzes in eine Buchgrundschuld des Eigentümers um (vgl. RJA 8, 282; KGJ 28 A 135). Der als Gläubiger Eingetragene ist nicht (mehr) berechtigt, über die Hypothek zu verfügen, insbesondere nicht, sie an einen andern abzutreten. Daher ist z. B. auch die Eintragung der Abtretung einer nach den Erklärungen in der Abtretungsurkunde zum Teil getilgten Sicherungshypothek zum ganzen Betrage an einen andern vom Grundbuchamt abzulehnen (a. M. OLG 18, 204, weil durch die Umschreibung für den andern der Bestand der Eigentümergrundschuld nicht berührt werde).

§ 1186

Eine Sicherungshypothek kann in eine gewöhnliche Hypothek, eine gewöhnliche Hypothek kann in eine Sicherungshypothek umgewandelt werden[1]). Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich[2]).

E I 1134 II 1095; M 3 776; P 3 692.

1. Da die **Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek,** sowie die **einer gewöhnlichen Hypothek in eine Sicherungshypothek** sich als Änderung des Inhalts der Hypothek darstellt, bedarf sie gemäß §§ 877, 873 der Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer, für die hinsichtlich Form, Bindung usw. nichts Besonderes gilt (s. § 873 A 7—9, 13—17), und der Eintragung (**RG** 49, 165; KGJ 21 A 158; 46, 233; RJA 11, 241). Erst wenn die Umwandlung eingetragen ist, kann der Gläubiger über die Hypothek in der umgestalteten Form verfügen (KGJ 21 A 158). — Die Sicherungshypothek (gleichviel ob gewöhnliche oder Höchstbetragshypothek, s. § 1190 A 1) kann in eine Buch- oder in eine Briefverkehrshypothek umgewandelt werden. Ein Brief ist nur dann zu erteilen, wenn dies ausdrücklich vereinbart worden ist, da andernfalls angenommen werden muß, daß die Hypothek, wie sie bisher Buchhypothek war, auch ferner Buchhypothek bleiben soll (RJA 8, 282; OLG 29, 372; § 1116 A 2). Bei der Umwandlung in eine Buchverkehrshypothek bedarf es nicht der Eintragung eines Vermerks gemäß § 1116 Abs 2 Satz 3, daß die Erteilung des Briefes ausgeschlossen sei. Vielmehr gilt die umgewandelte Hypothek als Buchhypothek, wenn nicht gemäß § 1116 Abs 3 im Grundbuch vermerkt ist, daß die Ausschließung der Erteilung des Briefes aufgehoben sei (vgl. hierüber § 1116 A 2). Soll ein Brief erteilt werden, so ist er gemäß §§ 56ff. GBO herzustellen und nach § 60 Abs 1 GBO dem Gläubiger auszuhändigen. — Im Falle der Umwandlung einer Briefhypothek in eine Sicherungshypothek (gewöhnliche oder Höchstbetragshypothek) wird das hypothekarische Recht gemäß § 1185 Abs 1 zum Buchrecht, auch wenn über die Ausschließung der Brieferteilung eine Einigung und Eintragung gemäß § 1116 Abs 2 nicht erfolgt. Der Brief ist gemäß § 69 GBO unbrauchbar zu machen, und eine mit ihm verbundene Schuldurkunde ist abzutrennen. — Die Wirkung der Umwandlung in den ersteren Fällen besteht hauptsächlich darin, daß von dem Zeitpunkte des Zusammentreffens der Einigung und der Eintragung ab der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich gemäß § 1138 auch auf die Forderung erstreckt. Jedoch bleiben die Einwendungen, die bisher gegen die Forderung und somit auch gegenüber dem dinglichen Anspruch geltend gemacht werden konnten (s. §§ 1184 A 2, 1185 A 2, 5), bestehen, sofern nicht ein Verzicht des Eigentümers auf sie nach der Sachlage anzunehmen ist. Im Falle der Umwandlung einer Brief- oder Buchverkehrshypothek in eine Sicherungshypothek untersteht die Hypothek von nun an den Vorschriften der §§ 1184, 1185. — Bei der Umwandlung kann zugleich auch eine Zinserhöhung erfolgen. Vgl. hierüber, namentlich für den Fall der Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine Verkehrshypothek, § 1119 A 1—4. — Ferner kann bei der Umwandlung zugleich an Stelle der bisherigen (bei der Höchstbetragshypothek nunmehr festgestellten) Forderung gemäß § 1180 eine andere Forderung gesetzt werden (RJA 11, 241; vgl. für den Fall der Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine Verkehrshypothek § 1190 A 1). — Zulässig ist auch die Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Sicherungshypothek, da jene gegenüber dieser nach § 1190 wesentliche Besonderheiten hat und es sich also um Änderung des Inhalts handelt, durch Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger gemäß §§ 877, 873 und Festsetzung der Forderung dem Betrage nach (oder auch gleichzeitige Einsetzung einer neuen bestimmten Forderung nach § 1180; vgl. RJA 3, 154). So kann auch eine Arresthypothek (eine auf Grund Arrestbefehls gemäß § 932 ZPO eingetragene Höchstbetragshypothek) nach Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels für die gesicherte Forderung in eine Zwangshypothek (eine auf Grund vollstreckbaren Schuldtitels gemäß § 866 ZPO eingetragene Sicherungshypothek) umgewandelt werden. Die Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger wird hier durch den Schuldtitel und den Antrag des Gläubigers auf Umschreibung ersetzt (RJA 11, 54). — Über Umwandlung einer Sicherungs- oder einer Verkehrshypothek in eine Grundschuld und umgekehrt vgl. § 1198. — Über die Verpflichtung zur Umwandlung auf Grund des Grundrechtsgeschäfts, die nur schuldrechtlich wirkt und nicht eintragungsfähig ist (OLG 6, 123), und Ersatz der Bewilligung durch rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 ZPO vgl. **RG** 49, 165.

2. **Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich,** weil die Umwandlung eine höhere Belastung des Grundstücks nicht herbeiführt. Vgl. jedoch **RG** Warn 09 Nr 360 (Umwandlung einer für eine bedingte Forderung bestellten Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek oder Grundschuld ohne Zustimmung solcher Hypothekengläubiger unzulässig, die nur mit Rücksicht auf die Bedingtheit der Forderung

den Vorrang vor ihren Hypotheken eingeräumt haben). Soll dagegen zugleich eine höhere Belastung (z. B. durch Erhöhung der Zinsen über 5%, § 1119 Abs 1) erfolgen, so ist die Zustimmung der genannten Berechtigten erforderlich. Ist ferner für einen nachstehenden Hypothekengläubiger eine Löschungsvormerkung gemäß § 1179 bei der Hypothek eingetragen, so bedarf es seiner Zustimmung, widrigenfalls die Umwandlung ihm gegenüber unwirksam ist; denn die Umwandlung stellt sich als eine Verfügung des Eigentümers über die Hypothek dar (vgl. § 1179 A 7). — Wenn weiter die Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, muß der Dritte gemäß §§ 877, 876 seine Zustimmung erteilen. — Dagegen bedarf es nicht der Zustimmung des persönlichen Schuldners, der nicht zugleich Eigentümer ist. Denn die Umwandlung berührt das persönliche Schuldverhältnis nicht. Auch wenn eine Sicherungshypothek (z. B. auch eine Höchstbetragshypothek unter Feststellung der Forderung zwischen Gläubiger und Eigentümer) in eine Verkehrshypothek umgewandelt und somit die Forderung unter den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gestellt wird, hat dies doch nur Wirkung in Ansehung des dinglichen Anspruchs des Gläubigers gegen den Eigentümer (vgl. § 1138), nicht in Ansehung der persönlichen Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner (vgl. RJA 3, 155).

§ 1187

Für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, kann nur eine Sicherungshypothek bestellt werden[1]). Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist[2]). Die Vorschrift des § 1154 Abs 3 findet keine Anwendung[3]).

E II 1097; P 3 667, 676, 678; 6 259.

1. Nicht eine Verkehrshypothek, sondern, um eine dauernde inhaltliche Übereinstimmung des persönlichen und des dinglichen Anspruchs zu erzielen, **nur eine Sicherungshypothek** (§§ 1184, 1185) **kann für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber** (§§ 793 ff.; ScheckG v. 11. 3. 08 § 4; nicht aus Urkunden des § 808), **aus einem Wechsel** (WO Artt 4 ff., 9 ff., 36, 39, 48, 73, 74, 82) **oder aus einem andern Orderpapier** (§ 363 HGB, z. B. aus kaufmännischen Anweisungen oder kaufmännischen Verpflichtungsscheinen; ferner ScheckG v. 11. 3. 08 § 8) **bestellt werden.** Zur Bestellung ist nach der Regel des § 873 Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger sowie Eintragung erforderlich. Jedoch gibt § 1188 in ersterer Hinsicht für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber eine Sondervorschrift. Bei der Eintragung wird dem Erfordernisse des § 1115 bezüglich der Angabe des Gläubigers genügt, wenn der jeweilige Inhaber der Schuldverschreibung bzw. der erste Nehmer oder der durch Indossament sich ausweisende Inhaber des Orderpapiers als Gläubiger eingetragen wird (str., RJA 2, 149; KGJ 35 B 31). — Über die Eintragung einer Hypothek für Teilschuldverschreibungen auf den Inhaber oder für die diesen gleichzustellenden indossablen Teilschuldverschreibungen vgl. §§ 44, 51 GBO und **RG** 67, 246; JW 08, 223[49]; RJA 2, 147; KGJ 35 B 29; OLG 19, 287. Hervorzuheben ist: Die Hypothek kann nach § 51 Abs 1 GBO für mehrere Teilschuldverschreibungen in einen Eintragungsvermerk eingetragen werden unter Angabe der Anzahl, des Betrags und der Bezeichnung der Teile. Dies gilt nicht nur für Inhaber-Teilschuldverschreibungen, sondern auch für indossable Teilschuldverschreibungen (RJA 2, 147; KGJ 35 B 29). Trotz solcher Eintragung besteht aber nicht lediglich ein einziges Hypothekenrecht für einen Gläubiger, sondern eine Mehrzahl von Hypotheken, die je für sich selbständig bestehen (str., OLG 19, 288; KGJ 38 B 70; 50, 199; s. § 1176 A 1). — Voraussetzung für die Bestellung ist nach § 1113, daß die Forderungen auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet sind (s. § 1113 A 5). Daher kann z. B. für Forderungen aus kaufmännischen Anweisungen oder Verpflichtungsscheinen auf Leistung anderer vertretbarer Sachen eine Hypothek nicht bestellt werden. — Auch eine Höchstbetragshypothek kann für die Forderungen des § 1187 bestellt werden, da § 1190 hinsichtlich der Art der Forderung keinen Unterschied macht (RJA 6, 162). — Die Hypothek muß aber unmittelbar für das Recht aus dem Inhaber- oder Orderpapier bestellt sein. Eine Hypothek für ein von einer Bank gewährtes Darlehn, über das solche Papiere ausgestellt werden sollen, ist nicht eine Hypothek im Sinne der §§ 1187 ff. (OLG 19, 287, auch KGJ 35 B 31).

2. **Die Hypothek gilt,** abweichend von der Regel des § 1184 Abs 2, **als Sicherungshypothek** und damit als Buchhypothek (§ 1185 Abs 1), **auch wenn sie im Grundbuche nicht als Sicherungshypothek bezeichnet ist,** deswegen, weil sich aus der Art der im Eintragungsvermerk zu bezeichnenden (s. § 1113 A 5, § 1115 A 8) Forderung (aus der Schuldverschreibung, aus dem Orderpapier) gemäß § 1187 Satz 1 schon von selbst ergeben muß, daß es sich um eine Sicherungshypothek handelt. — Im übrigen gelten auch für diese Hypothek die allgemeinen Vorschriften

über die Hypothek. Ausnahmen hiervon s. A 3. Auch zu einer Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld) kann diese Hypothek werden. Bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber wird sie nach §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 Eigentümergrundschuld, wenn der Aussteller die Urkunde vernichtet oder die Forderung aus der Schuldverschreibung nach § 801 erlischt, und sie ist, bevor die Schuldverschreibung in den Verkehr gebracht ist, nach §§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 Eigentümergrundschuld, da bis dahin die Forderung nicht entstanden ist (vgl. **RG** JW 1913, 200[12], auch A 3 a. E.). Dadurch, daß die Schuldverschreibung im Aufgebotsverfahren (§§ 1004 ff. ZPO) für kraftlos erklärt wird, erlischt die Forderung nicht, der Antragsteller kann auf Grund des Ausschlußurteils, das ihn zunächst legitimiert (**RG** Warn 1912 Nr 378; KGJ 34 A 344), gemäß § 800 von dem Aussteller die Erteilung einer neuen Schuldverschreibung verlangen (a. M. KGJ 50, 199). Auch wenn der Eigentümer selbst die Schuldverschreibung erwirbt, erlischt die Forderung nicht; die Hypothek für die Schuldverschreibung wird dann zur Eigentümerhypothek (§ 1177 Abs 2). — Zulässig ist auch eine Löschungsvormerkung (§ 1179) nicht nur bei Hypotheken für Orderpapiere, sondern auch bei Hypotheken für Schuldverschreibungen auf den Inhaber; auch hier wird durch die Vormerkung der Anspruch auf Löschung der zur Eigentümergrundschuld oder Eigentümerhypothek gewordenen Hypothek gegen widersprechende Verfügungen nach § 883 Abs 2 gesichert (KGJ 50, 199). Darüber, wie bei der Eintragung einer solchen Vormerkung der Ordnungsvorschrift des § 44 GBO zu genügen ist, vgl. KGJ 50, 198.

3. Da **die Vorschrift des § 1154 Abs 3,** betreffend die Übertragung einer Buchhypothek, auf die Sicherungshypothek des § 1187 **keine Anwendung finden** soll, um nicht den Umlauf der Papiere im Verkehr zu hemmen, bedarf es zur Übertragung nicht der Eintragung in das Grundbuch (KGJ 35 B 32; 50, 199). Vielmehr vollzieht sich die Übertragung außerhalb des Grundbuchs in der nämlichen Weise, wie derartige Forderungen sonst (d. i. wenn sie nicht hypothekarisch gesichert sind) übertragen werden, also durch Übergabe der Schuldverschreibung auf den Inhaber und bei den Forderungen aus Orderpapieren durch Indossament (WO Artt 9—13, HGB §§ 364 Abs 1, 365 Abs 1; vgl. **RG** JW 1913, 200[12]; KGJ 50, 199). Mit der Übertragung der Forderung geht gemäß § 1153 Abs 1 auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger über (vgl. **RG** JW 1913, 200[12]; RJA 2, 148; KGJ 38 B 70). Will der neue Gläubiger sich eintragen lassen, so muß er allerdings bei der Orderhypothek vom Grundbuchamt die Echtheit der vorhergehenden Indossamente in der Form des § 29 GBO nachweisen, da eine Sonderbestimmung für diese Hypotheken formellrechtlich nicht gegeben ist, oder er muß eine Eintragungsbewilligung (vgl. auch § 894 ZPO) des eingetragenen Gläubigers beibringen, während bei der Inhaberhypothek der Besitzer des Inhaberpapiers durch Vorlegung des Papiers, die gemäß § 44 Abs 1 GBO erforderlich ist, sich als Berechtigten genügend ausweist (str.). — Die Belastung der Hypothek mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht erfolgt gleichfalls außerhalb des Grundbuchs (vgl. §§ 1069, 1081 Abs 2 bzw. §§ 1274, 1292, 1293; vgl. **RG** JW 1913, 200[12]). Auch wenn die Schuldverschreibung von dem Aussteller noch nicht in Verkehr gegeben worden war, wird durch die vom Aussteller (sei es auch formlos) erklärte Verpfändung und die Übergabe der Schuldverschreibung an den Pfandgläubiger ein Pfandrecht an der Forderung aus der Schuldverschreibung und damit auch an der Hypothek rechtsgültig begründet, da mit der Übergabe zum Pfande zugleich das Forderungsrecht gegen den Aussteller geschaffen wird (**RG** JW 1913, 200[12]). Die Hypothek wird aus der bis dahin bestehenden Eigentümergrundschuld (s. A 2) zur Gläubigerhypothek (**RG** JW 1913, 200[12]). Wegen der Pfändung vgl. §§ 830 Abs 3 Satz 2, 831, 837 Abs 2, sowie §§ 808, 821 ZPO.

§ 1188

Zur Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber genügt die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek bestelle[1]), und die Eintragung in das Grundbuch[2]); die Vorschrift des § 878 findet Anwendung[3]).

Die Ausschließung des Gläubigers mit seinem Rechte nach § 1170 ist nur zulässig, wenn die im § 801 bezeichnete Vorlegungsfrist verstrichen ist. Ist innerhalb der Frist die Schuldverschreibung vorgelegt oder der Anspruch aus der Urkunde gerichtlich geltend gemacht worden, so kann die Ausschließung erst erfolgen, wenn die Verjährung eingetreten ist[4]).

E II 1098; P 3 672, 677.

1. Abweichend von der eine Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger erfordernden Regel des § 873 **genügt,** in Anbetracht der Unbestimmtheit des Gläubigers, **zur Bestellung der Inhabersicherungshypothek** (nicht auch einer Orderhypothek, s. § 1187

A 1) bei Hinzutreten der Eintragung **die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte** (s. hierüber § 875 A 7), **daß er die Hypothek** für den Inhaber der Schuldverschreibung (s. § 1187 A 1) **bestelle.** Da aber diese Bestellungsart nur für „genügend" erklärt ist, kann die Bestellung, wenn das Inhaberpapier bereits begeben und der Inhaber bekannt ist, auch gemäß der Regel des § 873 durch Einigung mit diesem Inhaber erfolgen. Die Rechtsgültigkeit der Schuldverschreibung, insbesondere ob ihre Ausgabe gemäß § 795 staatlich genehmigt ist, hat das Grundbuchamt ebensowenig zu prüfen, wie sonst die Rechtsbeständigkeit der Forderung, für die eine Hypothek bestellt wird (vgl. OLG 18, 187). Die Schuldverschreibung braucht auch gar nicht vorgelegt zu werden. § 44 Abs 1 GBO bezieht sich, wie aus seinem Wortlaute und dem Zusammenhange mit den vorhergehenden Vorschriften folgt, nur auf spätere rechtsändernde Eintragungen bei der bereits eingetragenen Hypothek (str.; OLG 6, 105). Für das Grundbuchamt sind nach § 19 GBO die Erklärung der Hypothekbestellung und die Eintragungsbewilligung des Eigentümers, die in der Form des § 29 GBO abzugeben sind, allein maßgebend (str.). Anders verhält es sich bei der Bestellung einer Grundschuld für den Inhaber des Grundschuldbriefs (vgl. hierüber § 1195 A 1).

2. Über den Inhalt der **Eintragung in das Grundbuch** vgl. § 1187 A 1.

3. Nach dem **anzuwendenden § 878** ist Eintritt einer Verfügungsbeschränkung des Eigentümers nach Stellung des Eintragungsantrags auf die Wirksamkeit der Bestellungserklärung ohne Einfluß.

4. Abs 2 gibt für die Inhaberhypothek (nicht auch für die Orderhypothek) hinsichtlich der **Ausschließung des unbekannten Gläubigers** im Wege des Aufgebotsverfahrens **nach § 1170** eine Sondervorschrift bezüglich der Frist, deren Ablauf dort erfordert wird. **Die im § 801 bezeichnete Vorlegungsfrist, die verstrichen sein muß,** ist entweder die aus § 801 Abs 1 Satz 1 sich ergebende gesetzliche oder die gemäß § 801 Abs 3 von dem Aussteller der Urkunde bestimmte. In den Fällen des Abs 2 Satz 2 **verlängert sich die Frist um die zweijährige Verjährungsfrist** des § 801 Abs 1 Satz 2. Vgl. auch die entsprechende Vorschrift des § 986 Abs 2 ZPO.

§ 1189

Bei einer Hypothek der im § 1187 bezeichneten Art kann für den jeweiligen Gläubiger ein Vertreter mit der Befugnis bestellt werden, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten[1]). Zur Bestellung des Vertreters ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich[2]).

Ist der Eigentümer berechtigt, von dem Gläubiger eine Verfügung zu verlangen, zu welcher der Vertreter befugt ist, so kann er die Vornahme der Verfügung von dem Vertreter verlangen[3]).

E II 1099; P 3 674, 677; 6 259.

1. **Der bei einer Inhaber- oder einer Orderhypothek des § 1187 für den jeweiligen Gläubiger bestellte Vertreter** (sog. Treuhänder) hat nach außen eine vom Wechsel der Person des Gläubigers unabhängige Vertretungsmacht (§§ 164 ff.) für denjenigen, der zur Zeit der Vornahme der betreffenden Rechtshandlung Gläubiger der Hypothek ist, nach Maßgabe der ihm bei der Bestellung innerhalb der vom Gesetz im § 1189 Abs 1 Satz 1 bestimmten Grenzen gewährten Befugnisse. Die Begrenzung für die Gewährung der Vertretungsmacht zieht das Gesetz dahin, daß dem Vertreter **die Befugnis erteilt werden kann, bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen mit gleicher Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger,** wie wenn sie der zeitige Gläubiger selbst getroffen hätte, **und den zeitigen Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten.** Danach ist die Gewährung der Vertretungsmacht auf das dingliche Recht beschränkt. Daher kann z. B. die Befugnis zur Vertretung bei der Geltendmachung der gesicherten Forderung nicht erteilt werden (vgl. **RG** 90, 213). Als gewährbare Befugnisse zur Verfügung über die Hypothek kommen namentlich in Betracht die zu Inhalts- oder Rangänderungen, zu Löschungen, einschließlich der Entlassung von Trennstücken aus der Pfandhaft (RJA 15, 229). Auch die Erteilung der Befugnis zu Übertragungen und Belastungen, sowie zur Empfangnahme von Zahlungen (str.) ist nicht ausgeschlossen. Jedoch ist in den letzteren Fällen Besitz der Urkunden (s. § 1187 A 1) erforderlich, da diese dem Erwerber bzw. dem Zahlenden auszuhändigen sind (s. § 1187 A 3; § 797; WO Art 39; HGB § 364 Abs 3). Zur Vornahme einer Eintragung auf Grund der Bewilligung des Vertreters oder auf Grund einer gegen ihn erlassenen gerichtlichen Entscheidung (vgl. § 894 ZPO) bedarf es gemäß § 44 Abs 2 GBO der Vorlegung der Urkunden nicht. — Geltendmachung der Hypothek, hinsichtlich deren die Befugnis zur Vertretung des zeitigen Gläubigers (bei Inhaberhypotheken sämtlicher Gläubiger der Teilschuldverschrei-

bungen) allgemeinhin erteilt werden kann, begreift sowohl die außergerichtliche wie die gerichtliche Verfolgung des dinglichen Rechtes, z. B. Mahnung, Kündigung (die letztere ist aber zugleich eine Verfügung, so daß die Befugnis dazu besonders gewährt sein muß), Erhebung der dinglichen Klage. Dagegen ist er zur Vertretung des Gläubigers (bei Inhaberhypotheken der Gläubiger der Teilschuldverschreibungen), der überhaupt durch die Vertreterbestellung nicht völlig das Verfügungsrecht über die Hypothek verliert (KGJ 45, 279), wenn gegen diesen Klage erhoben ist (z. B. auf Bewilligung der Löschung wegen Nichtbestehens der Hypothek), nicht befugt, es sei denn, daß ihm auch zu der dabei in Frage kommenden Verfügung die Befugnis besonders erteilt ist (vgl. den oben angeführten § 44 Abs 2 GBO). — Der Vertreter ist durch Rechtsgeschäft bestellter Vertreter im Sinne des § 166 Abs 2 (Bevollmächtigter des Gläubigers), nicht gesetzlicher Vertreter, da ihm die Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft erteilt wird und das Gesetz diese Erteilung (innerhalb bestimmter Grenzen) nur für zulässig erklärt (str.; **RG** JW 06, 199[18]; OLG 20, 423; KGJ 51, 306). Daß einem Vertreter nach § 14 RGes., betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, v. 4. 12. 99 in einem Rechtsstreite für die Gesamtheit der Gläubiger die „Stellung eines gesetzlichen Vertreters" zugewiesen, ist eine Sonderbestimmung, die sich überdies nur auf den von den Gläubigern nach Maßgabe dieses Gesetzes einseitig bestellten Vertreter (s. unten) bezieht (vgl. **RG** JW 06, 199[18], auch **RG** 90, 215). Hierdurch wird aber auch gerade bestätigt, daß der Vertreter sonst nicht die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat. Insbesondere ist im Falle der Geltendmachung der Hypothek durch Klagerhebung der Vertreter als Pfleger im Sinne des § 53 ZPO, so daß der Gläubiger für den Rechtsstreit einer nicht prozeßfähigen Person gleichstände, nicht anzusehen (str.). Vielmehr kann der Gläubiger den Rechtsstreit selbst führen, wie er durch die Bestellung des Vertreters nicht behindert ist, über die Hypothek selbst zu verfügen. Im Rechtsstreite ist er Partei, auch wenn der Vertreter den Rechtsstreit für ihn führt (vgl. **RG** JW 06, 199[18]). Allerdings kann der Eigentümer bei der Inhaberhypothek den Vertreter durch einseitige Erklärung bestellen (s. A 2). Aber auch hier bestellt der Eigentümer den Vertreter nicht für sich, sondern für den jeweiligen Gläubiger (bei Inhaberhypotheken die jeweiligen Gläubiger der Teilschuldverschreibungen) und, indem der Gläubiger das Gläubigerrecht mit dem Inhalt erwirbt, daß der Vertreter zu seiner Vertretung befugt sein soll, erklärt er, die Bestellung des Vertreters als wie durch ihn geschehen gelten lassen zu wollen. — Die Vertretungsmacht kann aus den gleichen Gründen enden, wie sonst ein Vollmachtsverhältnis (z. B. durch Tod, Geschäftsunfähigkeit, Widerruf, Erlöschen des der Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses). Der Eigentümer ist aber, auch wenn er den Vertreter einseitig bestellt hat, zur einseitigen Abberufung nicht befugt: ebensowenig der Gläubiger. Vielmehr bedarf es gemäß §§ 877, 873 der Einigung zwischen ihm und dem Gläubiger bzw. sämtlichen Gläubigern der Teilschuldverschreibungen, sowie der Eintragung (OLG 20, 423). In den Fällen des gesetzlichen Erlöschens (z. B. durch Tod, Geschäftsunfähigkeit) erlischt die Vertretungsmacht außerhalb des Grundbuchs (ohne Eintragung). Vgl. auch § 16 Abs 4 RGes. v. 4. 12. 99 in der Fassung v. 14. 5. 14 (Abberufung des Vertreters auf Antrag von Gläubigern durch das Amtsgericht aus wichtigem Grunde). — Im Verhältnisse des Vertreters zu den Gläubigern ist die Tätigkeit des Vertreters als Geschäftsbesorgung aufzufassen. Ob er dazu verpflichtet ist oder ob er die Vertretung einseitig niederlegen kann, bestimmt sich nach dem der Bestellung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft (z. B. Auftrag, §§ 662ff.; Dienst- oder Werkvertrag, § 675). Die Gläubiger werden nach Maßgabe dieses Rechtsgeschäfts die Geschäftsbesorgung vom Vertreter auch dann verlangen können, wenn der Eigentümer den Vertreter einseitig bestellt hat (vgl. § 328; KGJ 45, 274). Regelmäßig entspricht überhaupt dem Rechte des Vertreters, die ihm übertragenen Befugnisse für die Gläubiger wahrzunehmen, die Pflicht, von den Befugnissen im Interesse der Gläubiger, soweit erforderlich, auch Gebrauch zu machen, besonders wenn den Gläubigern die eigene Wahrnehmung ihrer Rechte nicht möglich ist (**RG** 90, 214). Über die Verpflichtung des Vertreters für einen besonderen Fall trifft Abs 2 Bestimmung. Auftraggeber sind der Eigentümer (s. oben) und der oder die Gläubiger. Daher muß eine Kündigung des Auftragsverhältnisses durch den Vertreter beiden, insbesondere jedem einzelnen Gläubiger gegenüber erfolgen (KGJ 45, 274). Die Erklärung der Kündigung gegenüber einer einberufenen Generalversammlung der Gläubiger ist nicht wirksam, wenn nicht etwa sämtliche Gläubiger erschienen sind (KGJ 45, 274). Es kann aber den Gläubigern gegenüber die Kündigung durch öffentliche Zustellung (vgl. § 132 Abs 2 BGB, § 206 Abs 2 ZPO) bewirkt werden (OLG 20, 423). — Der durch die Aufsichtsbehörde bestellte Treuhänder der §§ 29ff. HypBankG v. 13. 7. 99 ist nicht Vertreter der Gläubiger im Sinne des § 1189, sondern Gehilfe der Aufsichtsbehörde (str.; vgl. OLG 18, 187). Dem auf Antrag des Baugeldgebers vom Amtsgericht bestellten Treuhänder der §§ 35, 36 RGes. über die Sicherung der Bauforderungen v. 1. 6. 09 ist die rechtliche Stellung eines Pflegers beigelegt. Auch der gemäß §§ 1, 14 des Gesetzes, betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, v. 4. 12. 99 von der Gläubigerversammlung bestellte Gläubigervertreter hat, wie bereits oben erwähnt, eine von der des-

Vertreters im Sinne des § 1189 (Treuhänders) verschiedene Stellung. Letzterer ist zwar auch Vertreter der Gläubiger, steht aber nach § 1189 Abs 2 zugleich in einem Rechtsverhältnisse zu dem Grundstückseigentümer, was bei jenem Vertreter nicht der Fall ist. Dieser wird, ohne Zuziehung des Schuldners, durch einseitigen Beschluß der Gläubigerversammlung bestellt. Seine Eintragung in das Grundbuch ist im Gesetz nicht vorgesehen und daher auch nicht zulässig (RJA 11, 229). Über die Rechtsstellung des Gläubigervertreters im übrigen vgl. **RG** 75, 259; 86, 21; 90, 211; RJA 13 S. 21, 101.

2. Zur **Bestellung des Vertreters** ist gemäß §§ 873, 1188, da sie den Inhalt der Hypothek betrifft, bei Inhaberhypotheken die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte genügend, dagegen bei der Orderhypothek Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger erforderlich (s. § 1187 A 1, § 1188 A 1; KGJ 51, 306). Erfolgt die Bestellung erst nach der Hypothekbegründung, so ist, da es sich dann um eine Änderung des Inhalts der Hypothek handelt, gemäß §§ 877, 873 stets Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger, bei Inhaberhypotheken mit sämtlichen Gläubigern der Teilschuldverschreibungen notwendig (RJA 6, 162; KGJ 45, 278, auch RJA 11, 229; **RG** 90, 217). Die Bestellung ist in diesem Falle auf den dem Grundbuchamt vorzulegenden Urkunden (Schuldverschreibungen) zu vermerken (§ 44 Abs 1 GBO). — Der Vertreter erlangt auch ohne besondere Zustimmung dazu die Vertretungsmacht. Im Verhältnisse zu den Gläubigern und dem Eigentümer bestimmt sich seine Berechtigung und Verpflichtung zur Vertretung nach dem Inhalte der die Übernahme der Vertretung festsetzenden Vereinbarungen (s. A 1). — Dies alles hat auch dann zu gelten, wenn zum Ersatz eines abberufenen oder aus einem anderen Grunde weggefallenen Vertreters ein anderer Vertreter bestellt wird, da es sich dabei auch um nachträgliche Bestellung dieses Vertreters handelt (KGJ 45, 279). Jedoch kann bei der Bestellung eines Vertreters sogleich für den Fall seines Wegfalls ein Nachfolger bestimmt oder in anderer Weise für die Berufung eines Nachfolgers Vorsorge getroffen, z. B. die Ernennung eines Nachfolgers einer unbeteiligten dritten Stelle übertragen werden (vgl. KGJ 51, 307). Auch ist es nicht unzulässig, dem Vertreter bei seiner Bestellung das Recht zu verleihen, sich selbst einen Nachfolger zu bestimmen oder die ihm erteilte Vertretungsmacht auf einen anderen zu übertragen, da dadurch die Grenzen der im Abs 1 Satz 1 zugelassenen Gewährung von Befugnissen nicht überschritten wird, vielmehr die Vertretungsmacht des Nachfolgers die gleiche bleibt wie die seines Vorgängers (KGJ 51, 304). Ohne solche rechtsgeschäftliche Ermächtigung steht dem Vertreter, da er aus persönlichem Vertrauen bestellt worden ist, die Befugnis zur Ernennung eines Nachfolgers nicht zu (KGJ 45, 282). Deshalb ist auch, wenn eine Aktiengesellschaft zum Vertreter bestellt worden ist, im Falle der Übertragung des Vermögens der Aktiengesellschaft auf eine andere Aktiengesellschaft ohne Liquidation (§ 306 HGB) die übernehmende Aktiengesellschaft, wiewohl das Vermögen der übertragenden Aktiengesellschaft mit dem ihrigen verschmolzen wird und eine Gesamtrechtsnachfolge eintritt, nicht berechtigt, die Vertreterrechte auszuüben (OLG 34, 217). Auch die Versammlung der Gläubiger der Teilschuldverschreibungen bei Inhaberhypotheken ist zur Bestellung eines neuen Vertreters nicht befugt, da jeder Gläubiger bei solcher (nachträglichen) Bestellung eines neuen Vertreters für sich allein mitzuwirken hat (vgl. KGJ 45, 280; s. aber unten über eine Erleichterung). — Bei der zur Bestellung ferner **erforderlichen Eintragung in das Grundbuch** ist im Eintragungsvermerk die Bestellung und der Name des Vertreters anzugeben. Auch die dem Vertreter gewährten Vertretungsbefugnisse sind einzutragen, da sie der Bestellung erst ihren Inhalt geben, so daß ohne ihre Eintragung die Bestellung wirkungslos ist (RJA 15, 131). Jedoch genügt gemäß § 874 Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Zur Vornahme der Eintragung bietet überall formellrechtlich gemäß § 19 GBO die einseitige, in der Form des § 29 GBO abgegebene Eintragungsbewilligung des Eigentümers die gehörige Grundlage. Wird jedoch erst nachträglich ein Vertreter bestellt, so bedarf es auch der Bewilligung des Gläubigers bzw. sämtlicher Gläubiger der Teilschuldverschreibungen, da auch ihr Recht durch die Inhaltsänderung (s. oben) im Sinne des § 19 GBO betroffen wird (KGJ 45, 279). Der neu gewählte Vertreter kann nicht selbst seine Eintragung herbeiführen, da seine Vertretungsbefugnis erst mit der Eintragung beginnt (str., RJA 11, 229). — Als Vertreter (für die späteren Gläubiger) kann auch der erste Hypothekengläubiger bestellt werden (RJA 6, 163). — Über Unzulässigkeit der Eintragung einer Hypothek für den „Treuhänder" nicht bezeichneter Gläubiger von Forderungen, die nicht unter § 1187 fallen, vgl. OLG 18, 186. — Durch § 16 Abs 3 RGes v. 4. 12. 19 in der Fassung v. 14. 5. 14 ist für den Fall, daß eine Mitwirkung der Gläubiger von Schuldverschreibungen erforderlich ist, um an Stelle eines weggefallenen Vertreters einen neuen Vertreter zu bestellen, zur Erleichterung bestimmt, daß eine Mehrheit der Gläubigerversammlung von mindestens ³/₄ der abgegebenen Stimmen mit verbindlicher Kraft für alle Gläubiger über die Bestellung beschließen kann. Ferner nach Abs 4 kann auf Antrag einer bestimmten Anzahl von Gläubigern bei Vorliegen eines wichtigen Grundes das Amtsgericht an Stelle eines weggefallenen Vertreters einen neuen Vertreter bestellen.

3. Abs 2 erklärt, ohne Rücksicht auf das der Bestellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis (s. A 1), aus praktischen Gründen (Prot 3, 676) **den Eigentümer,** und zwar den jeweiligen Eigentümer, nicht bloß den Besteller des Vertreters (Prot 3, 676), für **berechtigt, von dem Vertreter die Vornahme von Verfügungen,** zu denen er befugt ist, **zu verlangen** (nötigenfalls im Wege der Klage gegen ihn), **wenn** die Voraussetzungen, unter denen die Verfügung **vom Gläubiger selbst verlangt werden könnte** (z. B. Entlassung eines Trennstücks aus der Pfandhaft), gegeben sind.

§ 1190

Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird[1]**. Der Höchstbetrag muß in das Grundbuch eingetragen werden**[2]**.**

Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet[3]**.**

Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist[4]**.**

Die Forderung kann nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden. Wird sie nach diesen Vorschriften übertragen, so ist der Übergang der Hypothek ausgeschlossen[5]**.**

E I 1129 II 1096; M 3 767; P 3 688; 6 259.

1. Die Höchstbetragshypothek ist eine Sicherungshypothek, auf welche die §§ 1184ff. Anwendung finden, mit der Besonderheit, daß bei der Bestellung **nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück** für die gesicherte Forderung **haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird.** Die Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger muß also enthalten die Bestimmung des Höchstbetrags der Haftung und einen Vorbehalt bezüglich Feststellung der Forderung im übrigen. Nach der allgemeinen Fassung des Gesetzes kann der Vorbehalt sich nicht nur auf den Betrag der Forderung, sondern auch auf alle ihre sonstigen Merkmale, mit Ausnahme der Person des Gläubigers, beziehen (KGJ 23 A 239; 35 A 284). Während also bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek die gesicherte Forderung ihrem Betrage und Grund nach bestimmt sein muß, genügt (ist aber in der Regel auch das Mindesterfordernis, KGJ 46, 180; OLG 26, 198) bei der Höchstbetragshypothek eine allgemeine Bezeichnung des Rechtsgrundes der zu sichernden noch ungewissen Forderung des Gläubigers in der Weise, daß gegebenenfalls die Feststellung, welche zur Entstehung gelangte Forderungen in den Kreis der Sicherung fallen, bis zum Höchstbetrage der Grundstückshaftung stattfinden kann (vgl. **RG** 55, 274; 65, 366; KGJ 35 A 284; 46, 180; OLG 34 S. 217, 238). Wenn eine Hypothek allgemein für Forderungen aus einem Geschäfts- und Wechselverkehr bestellt worden, ist anzunehmen, daß die Feststellung der Forderung vorbehalten und die Hypothek eine Höchstbetragshypothek sein soll, auch wenn sie als solche nicht bezeichnet ist (KGJ 43, 238). Besonders eignet sich die Höchstbetragshypothek zur Sicherung für die Forderungen, die aus einer dauernden Geschäftsverbindung, einem eröffneten Kredit (z. B. behufs Bebauung des Grundstücks), aus einer Vermögensverwaltung oder ähnlichen Verhältnissen zwischen den Beteiligten künftig entstehen können (**RG** 51, 115; 55, 221; 61, 37; Gruch 48, 606; 52, 1068; KGJ 43, 238), sowie zur Sicherstellung von Vertragsstrafen oder Ersatzansprüchen für den Fall der Nichterfüllung eines Vertrags (**RG** 55, 274), oder für Ansprüche auf Nebenleistungen jeder Art, die sich aus einer bestimmten durch anderweitige Hypothek gesicherten Hauptforderung ergeben (OLG 26, 197). Unzulässig ist aber auch nicht, daß die Hypothek für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen des Gläubigers gegen den Besteller oder auch gegen einen Dritten ohne eine weitere Begrenzung und ohne Angabe eines Schuldgrundes (s. A 2) bestellt wird (**RG** 62, 168; 75, 247; JW 07, 513[13]; KGJ 35 A 284; 45, 286; 46, 180; 47, 199; OLG 14, 126; 26, 197). Anderseits kann die Forderung bereits nach Grund und Betrag feststehen; sie wird dann durch die Eintragung der Höchstbetragshypothek für den Grundbuchverkehr als nicht feststehend hingestellt (KGJ 34 A 320). Wenn jedoch die Feststellung der Forderung überhaupt nicht vorbehalten, sondern die Forderung als eine in Höhe des angegebenen Betrags von vornherein feststehende eingetragen worden ist, handelt es sich in Wirklichkeit nicht um eine Höchstbetragshypothek, sondern um eine Verkehrshypothek oder eine gewöhnliche Sicherungshypothek (vgl. **RG** Gruch 52, 1069; 58, 834 [Warn 1914 Nr 291]; KGJ 51, 290; OLG 29, 373). Unzulässig ist die Bestellung einer (ungeteilten) Höchstbetragshypothek für verschiedene Forderungen, die je einem andern Gläubiger zustehen, oder für mehrere Forderungen gegen verschiedene, nicht in einer Verpflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner (vgl. § 1113 A 3, 5; jedoch auch RJA 12, 159,

wo die Eintragung einer Höchstbetragshypothek für die Forderungen des Gläubigers gegen den Besteller der Hypothek und dessen allgemeine Rechtsnachfolger oder den Nachfolger im Eigentume des verpfändeten Grundstücks aus dem fortgesetzten Kreditverhältnisse für zulässig erachtet wird, weil unklare Verhältnisse dadurch nicht geschaffen würden). Ferner kann eine Höchstbetragshypothek nicht zunächst für den einen und dann für den andern Gläubiger bestellt werden (vgl. § 1113 A 3). Zulässig aber ist die Bestellung einer Höchstbetragshypothek in der Weise, daß eine oder die andere Forderung (z. B. ein Bereicherungsanspruch, wenn die erste Forderung nichtig sei) des nämlichen Gläubigers gegen den nämlichen Schuldner gesichert sein soll (RG JW 1911, 653[26]; s. § 1113 A 5). — Die Hypothek sollte nach der früher herrschenden Meinung von vornherein dem Gläubiger als wirkliche Hypothek zustehen, auch wenn die gesicherte Forderung noch nicht zur Entstehung gelangt ist. Erst wenn bei der späteren Feststellung nach Maßgabe des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses, auf die der Gläubiger ein Recht habe, sich ergebe, daß gesicherte Forderungen nicht mehr entstehen könnten und die entstandenen den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreichten, sollte, soweit der Höchstbetrag durch die entstandenen Forderungen nicht ausgefüllt werde, die Hypothek gemäß § 1163 Abs 1 Satz 1 auf den Eigentümer übergehen (RG 51, 117; 55, 221; 61, 41; Gruch 48, 606; 52, 1070; RJA 4, 242; 5, 272; 9, 65; 11, 56; OLG 4, 74; 4, 377; 11, 210; 16, 329; 26, 198). Es ist jedoch der neuerdings überwiegenden, auch jetzt vom Reichsgericht geteilten Ansicht (RG 75, 250; JW 1912, 297[17]; 1912, 402[24]; Gruch 58, 669; 58, 833; Warn 1917 Nr 272; KGJ 45, 290; 49, 225) beizustimmen, daß die Höchstbetragshypothek, wenn sie, wie meistens, für die (aus einem Geschäftsverkehr) dem Gläubiger gegen den Eigentümer künftig entstehenden Forderungen bestellt ist, ebenso wie sonst eine Hypothek für eine künftige Forderung (s. § 1113 A 7), zunächst gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 1, 1177 Abs 1 als vorläufige, durch Entstehung der Forderungen auflösend bedingte Grundschuld dem Eigentümer zusteht und vom Gläubiger als Hypothek erst erlangt wird, wenn und soweit die Forderung zur Entstehung gelangt. Vorher kann eine Hypothek wegen Fehlens einer Forderung für den Gläubiger nicht bestehen. Anderseits aber hat der Eigentümer die Grundschuld nicht von vornherein als unbedingtes Recht in seinem Vermögen. Vielmehr ist der Erwerb der Grundschuld in der Weise auflösend bedingt, daß, wenn während der Dauer des Rechtsverhältnisses, das die Grundlage der hypothekarischen Sicherung bildet, und bis zur vorbehaltenen Feststellung Forderungen der betreffenden Art entstehen, die Grundschuld als Hypothek für diese Forderungen auf den Gläubiger übergeht. Dies folgt daraus, daß der Vorbehalt der Feststellung der Forderung zum Wesen der Höchstbetragshypothek gehört. Erst wenn diese Feststellung getroffen wird und sich dabei ergibt, daß eine den Höchstbetrag erreichende Forderung weder entstanden ist noch (z. B. wegen Aufhören des Rechtsverhältnisses) entstehen kann, steht dem Eigentümer, soweit die entstandenen Forderungen den Höchstbetrag nicht anfüllen, eine voll wirksame Grundschuld zu (RG Gruch 58, 670; Warn 1914 Nr 21, [322]; 1917 Nr 272; SeuffA 74 Nr 162; KGJ 45, 290; 49, 225). — Wenn in der Zwischenzeit bis zur Feststellung ein Eigentumswechsel eingetreten ist, erlangt nicht der Eigentümer zur Zeit der Feststellung die Grundschuld (soweit das Nichtbestehen der Forderung festgestellt wird), sondern dem Eigentümer zur Zeit der Bestellung der Hypothek verbleibt die Grundschuld zufolge Ausfalls der auflösenden Bedingung nunmehr endgültig mit der Maßgabe, daß er auch die erst nach seiner Besitzzeit entstandenen Forderungen als die Hypothek des Gläubigers begründend zufolge des Vorbehalts der Feststellung gegen sich gelten lassen muß (vgl. RG 49, 162; 55, 217; 62, 168; Warn 1917 Nr 272; OLG 16, 333; 26, 199; 31, 356; § 1163 A 4). Übrigens erachtete auch schon die früher herrschende Meinung den Eigentümer zur Zeit der Bestellung als den Grundschuldgläubiger (vgl. RG 51, 117; 55, 222; auch 49, 165; 62, 168; OLG 16, 333), wiewohl sich dies nicht rechtfertigen ließ, wenn angenommen wurde, daß erst durch die Feststellung die Voraussetzung für die Entstehung der Eigentümergrundschuld geschaffen werde. — Hinsichtlich des Falles des Erlöschens der entstandenen Forderung nach einem Eigentumswechsel s. unten. Über die Beweislast, wenn der Eigentümer wegen Nichtentstehung der Forderung auf Grundbuchberichtigung (§ 894) klagt, vgl. §§ 894 A 5, 1184 A 3. — Im Falle der Zwangsversteigerung kann der Eigentümer zur Zeit der Hypothekbestellung wegen der bestehenden Eigentümergrundschuld ebenso wie sonst wegen einer Eigentümergrundschuld Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse verlangen. Die nachstehenden Berechtigten haben keinen Anspruch auf den betreffenden Erlösteil (RG 55, 222; 62, 168; Warn 1914 Nr 21). Soweit der Gläubiger den auf die Hypothek entfallenden Erlös wegen Nichtentstehung einer Forderung oder wegen Erlöschens der entstandenen Forderung (s. unten) nicht für sich beanspruchen zu wollen erklärt, fällt der Erlös auf Grund der endgültig bestehenden Eigentümergrundschuld dem Eigentümer zu (RG 55, 219). Das gleiche gilt aber auch, soweit nicht der Gläubiger durch Anerkenntnis des Schuldners oder Urteil nachweisen kann, daß eine Forderung entstanden ist. Mit dem Verteilungstermin jedenfalls endigt die Möglichkeit, daß noch neue Forderungen entstehen (s. unten). — Ver-

fügungen des Eigentümers über die Eigentümergrundschuld oder Pfändungen der Grundschuld seitens seiner Gläubiger sind an sich auch schon vor der Feststellung zulässig insoweit, als nachgewiesen werden kann, daß die zu der betreffenden Zeit entstandenen Forderungen den Höchstbetrag nicht erreichen, und auch ihrer Eintragung steht nichts im Wege (str., vgl. RJA 2, 199, a. M. RJA 5, 271, auch RG 61, 375; JW 1912, 297[17]); jedoch muß der Eigentümer zuvor gemäß der Ordnungsvorschrift des § 40 GBO als Gläubiger der ihm auflösend bedingt zustehenden Eigentümergrundschuld eingetragen werden (vgl. § 1163 A 3). Wenn demnächst aber aus dem Rechtsverhältnisse ferner Forderungen entstehen, sind die Verfügungen und Pfändungen, soweit nicht noch ein ungedeckter Teil des Höchstbetrags übrigbleibt, unwirksam, da die Erwerber durch die Verfügungen und die Pfändungen nicht mehr Rechte erlangen können, als dem Eigentümer zustanden (§ 161; vgl. RG 51, 118; SeuffA 66, 277; RJA 5, 270; OLG 4 S. 74, 194; jedoch auch RG Gruch 48, 607). — Zahlungen des persönlichen Schuldners auf entstandene Forderungen bewirken nicht stets, daß die Hypothek des Gläubigers gemäß § 1163 Abs 1 Satz 2 zur Eigentümergrundschuld wird. Übersteigen z. B. die Forderungen den Höchstbetrag in dem Maße, daß nach Abzug der Zahlungen noch ein den Höchstbetrag mindestens deckender Betrag übrigbleibt, so wird die Hypothek des Gläubigers in ihrem Fortbestande, weil das Grundstück bis zum Höchstbetrage für alle Forderungen aus dem betreffenden Rechtsverhältnisse haftet, durch die Zahlungen nicht berührt, sofern nicht etwa die Anrechnung der Zahlung gerade auf den Höchstbetrag vereinbart wird (RG 56, 323; RJA 2, 200). Aber auch wenn und soweit infolge der Zahlungen die Forderungen unter den Höchstbetrag herabsinken, erlangt der Eigentümer noch nicht in allen Fällen eine unbedingte Eigentümergrundschuld; vielmehr steht der Erwerb der Grundschuld, falls das der Hypothek zugrunde liegende Rechtsverhältnis noch nicht beendigt ist, auch hier unter der Bedingung, daß nicht noch bis zur Beendigung des Rechtsverhältnisses weitere Forderungen entstehen und bei der endgültigen Abrechnung als gesicherte festgestellt werden (RG JW 02 Beil 203; RJA 2, 200; auch OLG 31, 356). Hat seit der Bestellung der Hypothek ein Eigentumswechsel stattgehabt, so erlangt hier (nicht der Eigentümer zur Zeit der Bestellung der Hypothek, sondern) der Eigentümer zur Zeit der Zahlung (sowie sonstigen Erlöschens der entstandenen Forderung) gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1, wie bei einer anderen Hypothek, gegebenenfalls die Grundschuld (vgl. § 1163 A 6; RG Gruch 58, 670). — Entsprechendes gilt, wenn der zahlende Schuldner vom Eigentümer verschieden ist und er von diesem Ersatz verlangen kann, hinsichtlich des Erwerbs einer Ersatzhypothek gemäß § 1164. — Wenn dagegen der vom persönlichen Schuldner verschiedene Eigentümer nach Entstehung einer Forderung den Gläubiger gemäß § 1142 zum Teil befriedigt, erwirbt er, wie bei einer andern Hypothek, nach §§ 1143, 401, 412, 1153 den betreffenden Teil der Forderung nebst der Hypothek (OLG 31, 356). — Erfolgt ferner die Befriedigung wegen der entstandenen Teilforderung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung, so erlischt die Hypothek gemäß § 1181 in Höhe des Teiles, so daß ein Übergang auf den Eigentümer nicht stattfindet (wegen der Gesamthypothek vgl. § 1182). — Der Umfang der dinglichen Haftung bestimmt sich endgültig nach der Sachlage bei der Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses oder bei sonstiger Abrechnung der Beteiligten. Die Feststellung des Betrags der gesicherten Forderung, die außerhalb des Grundbuchs gemäß §§ 781, 782 durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem persönlichen Schuldner oder durch Urteil bewirkt wird (RJA 9, 64; OLG 18, 184; 20 S. 388, 415), hat keine dingliche Wirkung und führt eine Änderung des Rechtszustandes der Hypothek nicht herbei, so daß die Hypothek trotz der Feststellung Sicherungshypothek bleibt. Die Erhebung der dinglichen oder der persönlichen Klage ist von einer solchen Feststellung nicht abhängig. Wenn aber der Gläubiger das dingliche Recht aus der Hypothek gegen den vom persönlichen Schuldner verschiedenen Eigentümer geltend macht, muß er trotz der Feststellung an sich die Entstehung der Forderung beweisen. Jedoch wird in der Regel der Vertrag oder ein gegen den Schuldner ergangenes Urteil auf Zahlung der Forderung genügenden Beweis auch dem Eigentümer gegenüber liefern. Ferner wirkt eine Feststellung zwischen Gläubiger und Eigentümer ebenfalls nur persönlich. Sie hat auch ebensowenig wie ein Urteil gegen den Eigentümer Wirkung gegenüber dem persönlichen Schuldner. — Auf Grund der letzteren Feststellung (Anerkenntnis des Bestehens der Forderung nach Grund und Betrag oder rechtskräftiges Urteil auf Anerkennung) kann aber die Umwandlung der Höchstbetragshypothek in eine Verkehrshypothek oder in eine gewöhnliche Sicherungshypothek für einen bestimmten Betrag gemäß § 1186 erfolgen (RG 60, 243; 60, 262; RJA 3, 156; 11, 240; KGJ 31 A 339). Hierzu bedarf es, da die Umwandlung eine Änderung des Inhalts des Rechtes bewirkt, ferner der Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger über die Umwandlung und der Eintragung (RJA 3, 156; KGJ 31 A 337; 46, 233; OLG 18, 182). Eine gesetzliche Verpflichtung zur Umwandlung besteht für den Eigentümer allerdings nicht (RG 49, 162). Über Zulässigkeit sonstiger Umwandlung einer Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche

Sicherungshypothek vgl. § 1186 A 1. — Auch § 1180 findet auf die Höchstbetragshypothek Anwendung (RG 60, 262; RJA 7, 232; 11, 241; KGJ 45, 287; 49, 225; OLG 31, 354). An Stelle der gesicherten Forderung kann eine andere dem Betrage nach unbestimmte Forderung nach Maßgabe des § 1180 in der Weise gesetzt werden, daß die Hypothek Höchstbetragshypothek bleibt (KGJ 31 A 339; RJA 7, 232). Es kann aber auch nach Maßgabe des § 1180 und des § 1186 eine neue dem Betrage nach bestimmte Forderung eingesetzt und zugleich die Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Hypothek für diese Forderung umgewandelt werden, und zwar auch für einen anderen Gläubiger (RG 60, 262; RJA 11, 241; KGJ 46, 233). Über den Fall, daß vor Entstehung einer Forderung ein anderes Rechtsverhältnis der Hypothek zugrunde gelegt werden soll, vgl. § 1180 A 1. — Hat sich bei Beendigung des Rechtsverhältnisses endgültig ergeben, daß dem Eigentümer, sei es weil die entstandenen Forderungen den Höchstbetrag nicht erreichen oder weil die entstandenen Forderungen zufolge Erlöschens (z. B. durch Zahlung) unter den Höchstbetrag herabgesunken sind, ein Teil der Hypothek als Grundschuld zusteht, so kann er vom Gläubiger gemäß § 894 Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung des Teiles auf seinen Namen verlangen oder auf Grund der mit dem Gläubiger etwa in der Form des § 29 GBO getroffenen hierauf bezüglichen Feststellung die Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO oder die Löschung des Teiles gemäß §§ 27, 29 GBO herbeiführen (RG 56, 327; OLG 18, 183). Die Grundschuld kann ferner gemäß § 1198 wieder in eine Hypothek umgewandelt werden, bei gleichzeitiger Abtretung des dinglichen Rechtes auch für die Forderung eines neuen Gläubigers (OLG 31, 355). — Im Falle der Zwangsversteigerung hört die Möglichkeit, daß neue Forderungen entstehen, auf, da nun festgesetzt wird, für welche Forderungen auf Grund der Hypothek Befriedigung aus dem Grundstück gesucht werden kann; jedoch nicht schon mit der Einleitung oder dem Zuschlag, sondern erst mit dem Verteilungstermin (RG 51, 119; 55, 222; Gruch 48, 607; a. M. OLG 31, 194, wonach die Fortdauer des gesicherten Rechtsverhältnisses auch über den Verteilungstermin hinaus möglich sein und im Falle solcher Fortdauer für die später noch entstehenden Forderungen der an die Stelle des Grundstücks getretene Versteigerungserlös, der zu hinterlegen sei, ebenfalls haften soll). — Über Kautionshypotheken des früheren Rechtes vgl. RG 48, 48; 49, 162; 51, 398; 52, 59; 52, 111; 52, 411; 55, 222; RJA 7, 128. Über die frühere Zinsen- und Kostenkautionshypothek in Bayern, die nach Inkrafttreten des BGB und Anlegung des Grundbuchs gemäß Art 192 EG als Höchstbetragshypothek im Sinne des § 1190 gilt, vgl. RG 61, 375; Warn 1915 Nr 85.

2. **Der Höchstbetrag,** bis zu dem das Grundstück haften soll, **muß** bei der Höchstbetragshypothek, wie nach § 1115 der Geldbetrag der Forderung bei einer andern Hypothek, in bestimmtem Geldbetrage **in das Grundbuch eingetragen werden,** widrigenfalls die Hypothek nichtig ist. — Bei der Arresthypothek ist gemäß § 932 ZPO der nach § 923 ZPO festgestellte Geldbetrag (durch dessen Hinterlegung die Vollziehung gehemmt wird) als Höchstbetrag zu bezeichnen. — Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nach §§ 794 Nr 5, 800 ZPO ist bei der Höchstbetragshypothek nicht angängig, weil die Unterwerfung auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück gerichtet sein muß (RJA 2, 203; KGJ 28 A 145; OLG 3, 295; 8, 148; 9, 230; 13, 196). Vgl. jedoch bezüglich einer (als bestimmt zu erachtenden) Rentenforderung OLG 17, 336. — Was den Grund der gesicherten Forderung anlangt, so wird, da § 1190 zur Bestellung einer Höchstbetragshypothek, abgesehen von dem Höchstbetrage, Vorbehalt der Feststellung der „Forderung" verlangt, diese Forderung gemäß § 1115, wie bei anderen Hypotheken (s. § 1113 A 5, § 1115 A 1, 8), im Grundbuche vermerkt werden müssen (str., KGJ 23 A 239; 35 A 284, auch RG JW 07, 513[13]; a. M. OLG 14, 127). Nur ist hier unter Forderung nicht ein bestimmter Anspruch zu verstehen, sondern die Begrenzung für die unter die Sicherung fallenden Forderungen, deren Feststellung vorbehalten wird. Wenn das Grundstück für alle Forderungen des Hypothekgläubigers gegen den Hypothekbesteller bis zum Höchstbetrage haften soll (s. A 1), so wird sich dies aus der Eintragung des Höchstbetrags von selbst ergeben, so daß es eines weiteren Vermerks, insbesondere der Angabe eines Schuldgrundes oder des Schuldners, nicht bedarf (vgl. RG 65, 364; KGJ 23 A 239; 35 A 283; 47, 199; OLG 26, 197). Soll aber ein anderer als der Besteller der Schuldner sein, so wird dieser im Grundbuch vermerkt werden müssen (KGJ 35 A 282; OLG 31, 355; § 1113 A 5, auch RG JW 07, 513[13]). Wenn ferner der Kreis der zu sichernden Forderungen nach der Vereinbarung der Beteiligten enger gezogen, insbesondere bestimmt worden ist, daß die Hypothek nur zur Befriedigung der aus einem bestimmten Rechtsverhältnis oder einer bestimmten Geschäftsverbindung sich ergebenden Forderungen dienen soll, ist die Aufnahme dieser Begrenzung in das Grundbuch notwendig (KGJ 23 A 239; 35 A 285). Jedoch genügt die Eintragung im Wege der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (KGJ a. a. O.).

3. **Die Einrechnung der Zinsen in den Höchstbetrag** schreibt Abs 2 vor, weil der Höchstbetrag sowohl die Kapitalbeträge als auch die etwaigen Nebenleistungen umfaßt. Aus der Bestimmung folgt, daß, auch wenn die gesicherte Forderung verzinslich ist, die im § 1115 vor-

geschriebene Angabe des Zinssatzes im Eintragungsvermerk bei der Höchstbetragshypothek ausgeschlossen (**RG** 90, 152; OLG 13, 235), und daß, wenn trotzdem (z. B. bei einer Arresthypothek, s. A 2) die Verzinslichkeit eingetragen worden, diese gemäß § 54 Abs 1 GBO von Amts wegen zu löschen ist (RJA 7, 74; KGJ 39 A 256). Es folgt aus der Bestimmung ferner, daß, wenn die Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Sicherungshypothek oder eine Verkehrshypothek in ganzer Höhe umgewandelt wird (s. A 1) und dabei, was nach § 1119 auch ohne Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten zulässig ist, auch noch Zinsen bis zu 5 % eingetragen werden, nur Zinsen vom Tage der Eintragung der Umwandlung ab eingetragen werden dürfen (vgl. hierüber § 1119 A 1). — Auch wenn das Kreditverhältnis, das durch die Hypothek gesichert werden soll, beendigt ist und die entstandenen (Haupt-) Forderungen den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreichen, kann durch die laufenden Zinsen die Hypothek weiter angefüllt werden (vgl. RJA 15, 318). — Aus Abs 2 ist nicht zu folgern, daß bei der Höchstbetragshypothek Zinsen die Eigenschaft der Hauptforderung haben, vielmehr haben sie auch hier trotz der Vorschrift die rechtliche Natur von Nebenleistungen der Hauptforderung; die Bedeutung des Abs 2 ist nur, daß nicht der Vorbehalt der Feststellung auf das Kapital der Forderung beschränkt sein und daneben das Grundstück etwa über den Höchstbetrag hinaus noch für die Zinsen haften soll (M 3, 767; **RG** 90, 152). — Unter Zinsen sind nicht nur die vertragsmäßigen, sondern auch die gesetzlichen Zinsen zu verstehen, für die bei den anderen Hypotheken das Grundstück nach § 1118 kraft Gesetzes haftet (M 3, 767; RJA 9, 67). Dagegen bezieht sich die Vorschrift nicht auf die im § 1118 genannten Kosten, so daß die Haftung für diese sich über den eingegangenen Höchstbetrag hinaus erstreckt (M 3, 768; **RG** 90, 172).

4. Während nach § 1184 Abs 2 eine gewöhnliche Sicherungshypothek als Sicherungshypothek im Grundbuch bezeichnet werden muß, **gilt** die Höchstbetragshypothek **als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist,** weil sich aus der Eintragung der Hypothek für den Höchstbetrag von selbst ergibt, daß die Hypothek eine Höchstbetrags-, also eine Sicherungshypothek ist. Auch die Bezeichnung als Höchstbetragshypothek ist nicht notwendig. Vielmehr genügt es, wenn der Eintragungsvermerk die Hypothek als Höchstbetragshypothek in anderer Weise erkennbar macht, wenn z. B. neben der Eintragung einer Hypothek für einen Geldbetrag ersichtlich gemacht ist, daß die Feststellung des Betrags der Forderung einer späteren Zeit vorbehalten sein soll (**RG** Gruch 52, 1069). Die Möglichkeit des Vorbehalts bezieht sich aber nicht auf die Person des Gläubigers der Forderung; dieser muß die nämliche Person wie der eingetragene Berechtigte sein (KGJ 35 A 284; OLG 18, 186). — Zulässig ist auch die Bestellung einer Hypothek in der Weise, daß ihre Eintragung in der Form einer Verkehrshypothek bewirkt wird, während sie im Verhältnisse zwischen den Beteiligten als Höchstbetragshypothek für ihrer Höhe nach unbestimmte und wechselnde, demnächst noch dem Betrage nach festzustellende Forderungen bis zum Höchstbetrage des eingetragenen Kapitals und der etwa eingetragenen Zinsen gelten soll (**RG** 60 S. 245, 247; Gruch 51, 378; Warn 1917 Nr 19; OLG 36, 166). Der Gläubiger kann die Verkehrshypothek so weit in Anspruch nehmen, als, was er zu beweisen hat (also nicht nur für die schuldrechtliche Klage, sondern auch für die dingliche Klage aus der Hypothek [§ 1184 Abs 1], sofern nicht etwa in letzterer Hinsicht aus der Art der Hypothekbestellung und des Geschäftsverkehrs [z. B. Bestellung der Hypothek als Darlehnshypothek mit Kündigungs- und besonderen Verzinsungsbestimmungen für ein dem Eigentümer fortlaufenden Kredit gewährendes Kreditinstitut] zu entnehmen ist, daß dem Eigentümer wie bei einer wirklichen Verkehrshypothek [§§ 1138, 891] der Beweis der Tilgung oder des sonstigen Nichtbestehens einer Forderung obliegen soll), die durch sie zu sichernde Forderung aus dem Kontokorrentverhältnis entstanden ist, mag dieses ein eigentliches (§ 355 HGB) oder ein uneigentliches (laufende Rechnung) gewesen sein (OLG 36, 166). Während Bestehens des Kontokorrentverhältnisses aber kann der Gläubiger (sofern nicht anderes vereinbart ist) sich aus der Hypothek nicht befriedigen, da so lange einzelne Forderungen und vorgetragene Saldi als gestundet gelten (OLG 36, 167). Dritten Erwerbern der Hypothek gegenüber jedoch kann sich der Eigentümer auf die wirklich gewollte Bestellung einer Höchstbetragshypothek, die ein unter den Begriff des Scheingeschäfts (§ 117 Abs 2) fallendes sog. dissimuliertes Geschäft ist, nach § 892 nur dann berufen, wenn sie Kenntnis davon gehabt haben (**RG** Warn 1914 Nr 245).

5. Die durch Höchstbetragshypothek gesicherten Forderungen können zunächst ebenso wie die durch andere Buchhypotheken gesicherten gemäß § 1154 Abs 3 nach der für die Übertragung eines dinglichen Rechtes geltenden Vorschrift des § 873, also durch Einigung und Eintragung, ganz oder zum Teil abgetreten werden mit der aus § 1153 sich ergebenden Folge, daß auch die Hypothek auf den Erwerber übergeht, und zwar als Höchstbetragshypothek (RJA 7, 227). Eine Feststellung des Betrags der Forderung ist dazu nicht erforderlich, sofern die Übertragung unter Vorbehalt der Entstehung der Forderung erfolgt. Ergibt sich bei der Feststellung das

Bestehen einer Forderung über den Höchstbetrag hinaus, so steht weder dem Erwerber für den etwa abgetretenen Mehrbetrag noch dem bisherigen Gläubiger für den ihm etwa verbliebenen überschießenden Restbetrag eine Hypothek zu. Erreicht im Falle der Teilabtretung der abgetretene Teil nicht den Höchstbetrag, so verbleibt der Restbetrag dem bisherigen Gläubiger als Höchstbetragshypothek für seine Forderungen. Vgl. hierüber RJA 3, 90; 7, 227; 9, 64; OLG 4, 320. Vgl. ferner OLG 14, 128 (Folgen der Zahlung vor der Abtretung), OLG 18, 185 (Eintreten eines Dritten in das gesicherte Rechtsverhältnis gegen Abtretung der Höchstbetragshypothek). Abtretung der Hypothek allein ohne die gesicherte Forderung ist nach § 1153 Abs 2 auch hier unzulässig (RJA 4, 240). Ist durch Vertrag zwischen Gläubiger und Eigentümer festgestellt, daß die Hypothek durch Forderungen nicht voll belegt ist, und hat sich somit ergeben, daß die Hypothek zu dem nicht belegten Teil endgültig Eigentümergrundschuld ist (s. A 1), so darf der Gläubiger diesen Teil, weil er ihm nicht gehört, nicht abtreten (vgl. RJA 9, 64; a. M. OLG 18, 204). Dies hat auch der Grundbuchrichter bei Prüfung eines Antrags auf Umschreibung zu beachten, wenn sich ein solcher Vertrag aus den vorgelegten Urkunden ergibt. Jedoch die bloße Möglichkeit, daß ein Teil der Hypothek nicht belegt ist, berechtigt den Grundbuchrichter nicht, die Eintragung der vom Gläubiger erklärten Abtretung der ganzen Hypothek abzulehnen; denn auch für die Höchstbetragshypothek gilt die für den Grundbuchrichter ebenfalls in erster Linie maßgebende (s. § 891 A 4) Vermutung aus § 891, daß der eingetragene Gläubiger auch der wirklich Berechtigte ist (RJA 9, 64; 12, 154; a. M. 4, 240). — Ferner **kann** bei der Höchstbetragshypothek, anders wie bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek, nach § 1190 Abs 4 **die Forderung** auch (Begründung hierfür: M 3, 768) **nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften,** also gemäß §§ 398 ff. durch formlosen Vertrag und ohne Eintragung, **übertragen** werden mit der Maßgabe, daß **der Übergang der Hypothek ausgeschlossen** ist, also der Erwerber nur das Forderungsrecht erlangt und die Hypothek von der abgetretenen Forderung losgelöst wird. Sind alle gesicherten Forderungen abgetreten, so fällt die Hypothek gemäß §§ 1163 Abs 1 Satz 2, 1177 Abs 1 dem Eigentümer als unbedingte (s. A 1) Grundschuld zu, weil die Hypothekforderung als solche gleichsam erloschen ist (str., RJA 7, 231). Ist nur ein Teil abgetreten, so verbleibt die Hypothek als Höchstbetragshypothek dem bisherigen Gläubiger für seine übrigen Forderungen aus dem gesicherten Rechtsverhältnisse (Prot 3, 690). — Über Pfändung der Höchstbetragshypothek vgl. die entsprechende Vorschrift des § 837 Abs 3 ZPO.

Zweiter Titel

Grundschuld Rentenschuld

I. Grundschuld

§ 1191

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Grundschuld)[1].

Die Belastung kann auch in der Weise erfolgen, daß Zinsen von der Geldsumme sowie andere Nebenleistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind[2].

E I 1135 II 1100; M 3 779; P 3 708.

1. Die im Abs 1 für die Grundschuld gegebene Begriffsbestimmung unterscheidet sich von der im § 1113 Abs 1 für die Hypothek gegebenen nur dadurch, daß die Worte „zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung" fehlen. Es gilt daher das zu § 1113 Bemerkte, soweit es nicht die Forderung betrifft (A 5, 7), auch für die **Belastung eines Grundstücks mit einer Grundschuld.** Aus der Nichtaufnahme der bezeichneten Worte ergibt sich zugleich der Wesensunterschied zwischen Hypothek und Grundschuld. Während die erstere zur Entstehung und zum Bestehenbleiben als Hypothek eine zugrunde liegende Forderung voraussetzt, wegen deren der Gläubiger Befriedigung aus dem gesamten Vermögen des Schuldners, neben der Befriedigung wegen des dinglichen Rechtes aus dem Grundstück, suchen kann, ist die Entstehung der Grundschuld und ihr Fortbestehen als dingliches Recht dieser Art von dem Bestehen einer Forderung sachenrechtlich gänzlich unabhängig und kann sich der Gläubiger der Grundschuld zu seiner Befriedigung nur an das belastete Grundstück halten (RG 78, 65; Warn 1913 Nr 57; KGJ 43, 255). Insbesondere läßt das Ausbleiben der sog. Valutazahlung den rechtlichen Bestand der Grundschuld unberührt. Sie wird gemäß § 873 durch Einigung und Eintragung rechtswirksam begründet, auch wenn die versprochene

Valuta, das Entgelt für Bestellung, nicht gewährt wird. Das Entgelt ist lediglich Gegenstand des schuldrechtlichen Grundgeschäfts, das den Anlaß zu der Bestellung der Grundschuld gibt, und der Bestand dinglicher Rechte an Grundstücken ist sachenrechtlich von dem Grundgeschäft nicht abhängig (§ 873 A 7b). Die Grundschuld kann auch unentgeltlich, schenkungsweise bestellt werden; ferner braucht das Entgelt nicht auf eine Leistung gerichtet zu sein, z. B. kann eine Grundschuld an Erfüllungs Statt für eine geschuldete Leistung bestellt werden (RG 78, 65). Allerdings auch zu der Grundschuld kann und wird sogar in der Regel eine Forderung in Beziehung gesetzt sein, namentlich wird die Grundschuld häufig zur Sicherung einer Forderung dienen. Aber die Forderung ist dann nicht Rechtsinhalt der Grundschuld, sondern nur Beweggrund für ihre Bestellung, und das dingliche Recht erfährt nicht eine Umgestaltung, wie regelmäßig die Hypothek (z. B. im Wege der Umwandlung in eine Eigentümergrundschuld), noch wird es sonst in seinem Bestande berührt, wenn die Forderung (die übrigens in das Grundbuch nicht eingetragen werden darf) nicht entstanden oder nichtig oder erloschen ist oder ihre Geltendmachung durch eine Einrede dauernd ausgeschlossen wird (RG 60, 255; 63, 185; 78, 65; 81, 71; JW 01, 465[17]; Warn 1913 Nr 57; RJA 12, 252), sofern nicht etwa die Rechtsgründe, die gegen die Forderung wirken, in gleicher Weise auch auf die Begründung des dinglichen Rechtes Wirkung äußern (wie z. B. die Geschäftsunfähigkeit des sich Verpflichtenden und gleichzeitig die Grundschuld Bestellenden) oder sonst die Grundschuldbestellung selbst (z. B. wegen Wuchers) nichtig ist (RG Warn 1913 Nr 353). Abgesehen von letzterem wird das Nichtbestehen der Forderung usw. nur nach Maßgabe des Rechtes der Schuldverhältnisse auch hinsichtlich der Grundschuld insoweit von Einfluß sein können, als die Forderung den Rechtsgrund für die Bestellung der Grundschuld, also für die Bewirkung einer Leistung, abgegeben hat. Besteht dieser Rechtsgrund nicht, so wird ein schuldrechtlicher Anspruch auf Beseitigung oder Übertragung der Grundschuld auf Grund des Grundrechtsgeschäfts oder gemäß §§ 812ff. gegeben sein (vgl. RG 63, 185; 73, 143; 78, 65; 85, 91; JW 01, 465[17]; Warn 1913 Nr 57; [1914 Nr 292]; Gruch 58, 1041). Dies gilt insbesondere auch, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Darlehnsforderung, die erst durch Zahlung des Darlehns zur Entstehung gebracht (valutiert) werden sollte, bestellt ist und die Forderung nicht zur Entstehung gebracht wird, in welchem Falle man gewöhnlich von Valutierung oder Nichtvalutierung der Grundschuld spricht (RG 78, 65; 85, 91; JW 01, 465[17]; auch Warn 1913 Nr 353; [1914 Nr 292]; Gruch 58, 1041). Mithin tritt, wenn die durch die Grundschuld gesicherte Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder für sich allein erlischt, nicht, wie bei der Hypothek nach §§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1, eine Vereinigung der Grundschuld mit dem Eigentum in einer Person ohne weiteres ein, vielmehr bleibt die Grundschuld für den Grundschuldgläubiger an sich bestehen (RG 78, 67; 85, 91; § 1192 A 1 Abs 3); vgl. auch hinsichtlich einer Löschungsvormerkung (§ 1179) für einen solchen Fall § 1192 A 1 Abs 2. Der schuldrechtliche Anspruch auf Beseitigung oder Übertragung der Grundschuld aber steht lediglich dem Besteller der Grundschuld, nicht einem Sondernachfolger im Eigentum (abgesehen von besonderer Abtretung) zu (RG 68, 102; JW 01, 465[17]; Gruch 48, 937) und kann unbedingt nur gegenüber dem ursprünglichen Erwerber der Grundschuld, sei es durch Klage oder im Wege der Einrede gegen die dingliche Klage aus der Grundschuld, geltend gemacht werden (vgl. JW 01, 465[17]). Streitig ist, ob § 1157 (mit § 1192) auf die dingliche Klage des dritten Erwerbers der Grundschuld hinsichtlich der Einrede aus dem Grundrechtsgeschäft, insbesondere wegen Nichtentstehens oder Erlöschens der Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld bestellt wurde, anwendbar ist, ob also die Einrede auch dem dritten Erwerber, wenn er beim Erwerbe Kenntnis von dem Fehlen bzw. dem Wegfall des Rechtsgrundes hat, von dem Grundschuldbesteller entgegengesetzt werden kann. Dies ist (entgegen der in der ersten Auflage geäußerten Ansicht) zu bejahen. Denn das der Grundschuldbestellung zugrunde liegende schuldrechtliche Grundgeschäft ist als ein zwischen dem die Grundschuld bestellenden Eigentümer und dem ursprünglichen Gläubiger bestehendes Rechtsverhältnis im Sinne des § 1157 zu erachten. Diese Vorschrift hat, weil die dem Eigentümer gegen die Hypothek nach § 1137 gegen die Forderung zustehenden Einreden für die Grundschuld nicht in Betracht kommen, für diese auch hinsichtlich des schuldrechtlichen Grundgeschäfts besondere Bedeutung (vgl. Denkschrift zur Reichstagsvorlage S. 221; § 1157 A 2; RG Gruch 58, 1042 [Warn 1914 Nr 292], auch RG JW 01, 465[17]; SeuffA 64, 196). Daraus folgt weiter, daß der die Grundschuld bestellende Eigentümer wegen Fehlens oder Wegfalls des Rechtsgrundes, insbesondere wenn die Forderung, zu deren Sicherheit die Grundschuld dienen sollte, nicht zur Entstehung gelangt oder getilgt ist, nach §§ 1169, 1192 nicht nur von dem ursprünglichen Gläubiger (s. § 1169 A 1), sondern auch von dem dritten Erwerber der Grundschuld, wenn er beim Erwerbe bösgläubig gewesen ist, Verzicht auf die Grundschuld im Klagewege verlangen kann (vgl. RG 91, 225; Gruch 58, 1042 [Warn 1914 Nr 292]). Ist ein Fall des § 822 (unentgeltliche Zuwendung an den Dritten) gegeben oder ist der Anspruch auf Aufhebung der Grundschuld vorgemerkt gewesen (§§ 883 Abs 2, 888), so kann auch gegenüber einem gutgläubigen dritten Erwerber die Beseitigung der Grundschuld verfolgt werden.

Nicht aber findet § 1163 Abs 1 Satz 1 auf die Grundschuld Anwendung und steht, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung dienen sollte und diese nicht zur Entstehung gelangt ist, die Grundschuld nicht ohne weiteres dem Eigentümer zu (RG 60, 251; 78, 66; Warn 1913 Nr 57; § 1192 A 1 Abs 3). Gerade hierin besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld. — Ferner braucht der Grundschuldgläubiger, auch wenn er der ursprüngliche Gläubiger ist, bei Erhebung der dinglichen Klage aus der Grundschuld das Bestehen der Forderung, zu deren Sicherung etwa die Grundschuld dient, nicht zu beweisen. Denn ihm steht nicht nur die Vermutung aus § 891 zur Seite, sondern das Grundschuldrecht wird eben durch das Nichtbestehen der Forderung an sich überhaupt nicht berührt. Jedoch gegenüber dem seitens des beklagten Eigentümers, sofern er der Grundschuldbesteller ist, erhobenen Einwande, daß der Rechtsgrund für die Grundschuldbestellung nicht oder nicht mehr besteht, wird den ursprünglichen Gläubiger unter Umständen die Beweislast für das Bestehen des Rechtsgrundes in gewissen Grenzen treffen, so z. B. wenn die Parteien darüber einig sind, daß bei Begründung der Grundschuld die Höhe der Forderung noch nicht feststand und die Feststellung des Forderungsbetrags einer späteren Zeit vorbehalten wurde, oder wenn es sich um die Art der Anrechnung geleisteter Zahlungen handelt (vgl. RG 60, 249). — Weiter gehen Grundschuld und Forderung bei der Abtretung getrennte Wege. Die Abtretung der Grundschuld erfolgt nach § 1154 (mit § 1192), die der Forderung nach §§ 398ff. Die Vorschriften des § 1153 finden keine Anwendung, auch nicht, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt ist (RJA 12, 251). Die Forderung kann ohne die Grundschuld, die Grundschuld ohne die Forderung abgetreten werden (s. auch unten Pfändung der Forderung), und weder hat die Abtretung der Grundschuld den Übergang der Forderung, noch die Abtretung der Forderung den Übergang der Grundschuld ohne weiteres (d. i. ohne besondere Mitabtretung) zur Folge, in letzterer Hinsicht insbesondere auch nicht nach § 401, da die Grundschuld nicht ein Nebenrecht der Forderung im Sinne dieser Vorschrift ist (RJA 12, 251). Ob der Erwerber auch die Abtretung der Forderung bzw. der Grundschuld verlangen kann, bestimmt sich nach dem Rechtsgrunde der Abtretung. Desgleichen geht die Grundschuld, wenn die Forderung kraft Gesetzes (§ 412) auf einen andern übergeht (z. B. gemäß § 774, wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt), nicht ohne weiteres mit über (RJA 12, 251). — Sodann bewirkt weder die Tilgung der Forderung für sich allein, da das Erlöschen der Forderung das Grundschuldrecht nicht berührt, den Übergang der Grundschuld auf den Eigentümer gemäß § 1163 Abs 1 Satz 2 (s. § 1192 A 1 Abs 3) noch die Bezahlung der Forderung durch den etwa vom Eigentümer verschiedenen Schuldner den Übergang der Grundschuld auf den Schuldner nach Maßgabe des § 1164 (str.). Ebensowenig finden die mit der letzteren Vorschrift in Zusammenhang stehenden §§ 1165, 1166 Anwendung. Ob der Gläubiger, dem die Grundschuld trotz Tilgung der Forderung verbleibt, zur Abtretung der Grundschuld, insbesondere an den zahlenden Schuldner, verpflichtet ist, richtet sich nach dem zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnis. — Endlich ist, wenn der Erwerber des mit einer Grundschuld, die zur Sicherung einer Forderung dient, belasteten Grundstücks die persönliche Schuld übernimmt, § 416 nicht anwendbar. Eine Ausnahmebestimmung gibt jedoch in dieser Hinsicht § 53 Abs 2 ZVG. — Die Grundschuld ist nicht selbst ein Forderungsrecht oder eine sog. Realobligation. In dieser Hinsicht gilt auch für sie das in § 1113 A 6 bezüglich der Hypothek Bemerkte. Daher ist die Bestellung der Grundschuld z. B. auch nicht im Sinne des § 817 Satz 2 eine Leistung, die in der Eingehung einer Verbindlichkeit besteht (RG 63, 188; 73, 143; Warn 1918 Nr 10). — Über Nießbrauch und Pfandrecht an einer Grundschuld vgl. §§ 1080, 1291; über Pfändung einer Grundschuld vgl. § 857 Abs 6 ZPO. Dient die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung, so kann diese für sich allein nach § 829 ZPO gepfändet werden; § 830 ZPO, betreffend die Pfändung einer Forderung, für die eine Hypothek besteht, findet keine Anwendung (RG 81, 71).

2. Abs 2 erklärt ausdrücklich die **Grundstücksbelastung für Zinsen oder andere Nebenleistungen der Grundschuld** als zulässig zur Verhütung von Zweifeln, die sich daraus ergeben könnten, daß Abs 1 für die Grundschuld Bestimmtheit der Geldsumme erfordert (M 3, 780; RJA 14, 307). Auch diese Belastung bedarf nach § 873 der Einigung und Eintragung. Gemäß § 1115 (mit § 1192) ist bei der Eintragung der Zinssatz oder der Geldbetrag der anderen Nebenleistungen in den Eintragungsvermerk aufzunehmen. Nach § 1118 (mit § 1192) haftet jedoch für die gesetzlichen Zinsen und die dort bezeichneten Kosten das Grundstück kraft Gesetzes. Vgl. ferner § 1192 Abs 2 (für Zinsen der Grundschuld gelten die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung). — Der Eintragung einer verzinslichen Grundschuld für die Ehefrau des Eigentümers steht der Umstand, daß dem Eigentümer kraft seines ehemännlichen Nutzungsrechts die Zinsen zufallen müßten, nicht entgegen, da nach § 1196 Abs 1 der Eigentümer auch für sich selbst eine verzinsliche Grundschuld bestellen kann (KGJ 37 A 295; vgl. dagegen bezüglich einer verzinslichen Hypothek für die Ehefrau des Eigentümers OLG 5, 292).

§ 1192

Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt[1]).

Für Zinsen der Grundschuld gelten die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung[2]).

E I 1136, 1138, 1141 II 1101; M 3 780, 788, 790; P 3 709, 712.

1. Von der Redaktionskommission 2. Lesung war gegenüber dem ersten Entwurf, der die Anwendung der für die Hypothek zunächst gegebenen Bestimmungen auf die Grundschuld vorschrieb, ein zweiter Entwurf (abgedruckt in Prot 4, 501, in Gruch 38, 424ff.) aufgestellt, worin die Vorschriften über die Grundschuld vorangestellt und auf die Hypothek für entsprechend anwendbar erklärt waren. Die zweite Kommission entschied sich für den ersten Entwurf. Demgemäß bestimmt § 1192 Abs 1 zunächst als Regelsatz, daß **auf die Grundschuld die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung finden,** und fügt dann die Einschränkung bei, **soweit sich nicht ein anderes** (d. i. Unanwendbarkeit) **daraus ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt.** Letztere Einschränkung bedeutet nicht etwa, daß alle Vorschriften, welche die Hypothekenforderung betreffen, von der Anwendung auf die Grundschuld ausgeschlossen sind; vielmehr gilt auch hinsichtlich dieser Vorschriften der genannte Regelsatz, indem die entsprechende Anwendung in der Weise zu erfolgen hat, daß an Stelle der Forderung die Grundschuld zu setzen ist. Nur diejenigen auf die Hypothekenforderung bezüglichen Vorschriften, die unmittelbar im Zusammenhange damit stehen, daß die Hypothek eine Forderung voraussetzt, von dem Bestehen einer Forderung abhängig ist, sind unanwendbar. Anderseits sind auch sonstige Vorschriften von der Anwendung ausgeschlossen, wenn sie mit dem Wesen der Grundschuld unvereinbar sind. Danach sind **unanwendbar: § 1115 Abs 1 Halbs 2** (Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur Bezeichnung der Forderung; vgl. jedoch § 874), die **§§ 1137** (Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse), **1138** (Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf die Forderung und die Einreden aus § 1137; KGJ 43, 254), **1139** (Widerspruch wegen nicht erfolgter Auszahlung des Darlehns), **1153** (Untrennbarkeit der Forderung von der Hypothek; s. dazu § 1191 A 1), **1161** (Geltendmachung der Forderung), **1163 Abs 1** (Übergang der Hypothek auf den Eigentümer wegen Nichtentstehung oder Erlöschen der Forderung; s. Abs 3 dieser Anmerkung), **1164—1167, 1174** (Rechtsverhältnisse des persönlichen Schuldners zum Gläubiger), **1177** (Eigentümergrundschuld, Hypothek des Eigentümers), **1184—1187, 1190** (Sicherungs-, Order-, Höchstbetragshypothek; wegen der Grundschuld für den Briefinhaber vgl. § 1195, und wegen der Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek und umgekehrt vgl. § 1198).

Hinsichtlich der **entsprechenden Anwendung der übrigen Vorschriften** über die Hypothek ist folgendes hervorzuheben: **§ 1115 Abs 1 Halbs 1** (Abs 2 ist auch anwendbar): Bei der Eintragung der Grundschuld müssen der Gläubiger, die Geldsumme, bei Verzinslichkeit der Zinssatz, der Geldbetrag etwaiger anderer Nebenleistungen im Grundbuch angegeben werden. — **§ 1116:** Die Grundschuld ist Briefgrundschuld oder (wenn die Erteilung des Briefes ausgeschlossen wird) Buchgrundschuld. Über Herstellung des Grundschuldbriefs vgl. §§ 56, 57, 70 GBO. — **§ 1117:** Der Gläubiger erwirbt die Briefgrundschuld erst, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer übergeben ist. — **§§ 1120—1130:** Auf die Gegenstände, die außer dem Grundstück für die Hypothek haften, erstreckt sich auch die Haftung für die Grundschuld. — **§ 1131:** Wird ein Grundstück als Bestandteil einem andern Grundstück zugeschrieben, so erstrecken sich die an diesem Grundstück bestehenden Grundschulden auf das zugeschriebene Grundstück. — **§ 1132:** Die Bestellung einer Gesamtgrundschuld an mehreren Grundstücken ist in der Weise zulässig, daß nur einmal Zahlung zu erfolgen hat. — **§§ 1133—1135:** Im Falle der Gefährdung der Grundschuld durch Verschlechterung des Grundstücks usw. stehen dem Grundschuldgläubiger dieselben Rechtsbehelfe zu wie in gleichem Falle dem Gläubiger einer Hypothek. — **§§ 1142, 1143, 1176:** Der Eigentümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Grundschuld fällig geworden ist. Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen (vgl. § 1142 A 4). Soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschuld auf ihn über (vgl. § 1143 A 6). Im Falle teilweiser Befriedigung hat der dem Gläubiger verbleibende Teil den Vorrang vor dem dem Eigentümer zufallenden Teile der Grundschuld. — **§§ 1144, 1145:** Im Falle voller oder teilweiser Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer Aushändigung oder Vorlegung des Grundschuldbriefs usw. sowie Aushändigung der sonstigen zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Grundschuld erforderlichen Urkunden. — **§§ 1147, 1181:** Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Grundschuld erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung. Wird der Gläubiger auf diesem Wege befriedigt, so erlischt die Grundschuld. — **§ 1150:** Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus

dem Grundstück, so kann jeder, der im Falle der Zwangsversteigerung Gefahr läuft, ein Recht an dem Grundstück oder den Besitz des Grundstücks zu verlieren, den Gläubiger befriedigen. Soweit er den Gläubiger befriedigt, geht die Grundschuld auf ihn über. — **§ 1152:** Im Falle der Teilung einer Briefgrundschuld kann für jeden Teil ein Teilgrundschuldbrief hergestellt werden. — **§ 1154:** Zur Abtretung einer Briefgrundschuld ist Übergabe des Grundschuldbriefs und schriftliche Abtretungserklärung, die durch Eintragung der Abtretung in das Grundbuch ersetzt werden kann, erforderlich und zur Abtretung einer Buchgrundschuld Einigung und Eintragung. Über die Abtretung einer Grundschuld für den Briefinhaber vgl. § 1195 A 1, § 1187 A 3. — **§ 1157:** Eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Grundschuld zusteht, kann auch einem Sondernachfolger entgegengesetzt werden, wenn zur Zeit des Erwerbs die Einwendungen dem Sondernachfolger bekannt waren oder aus dem Grundbuch oder bei der Briefgrundschuld aus dem Grundschuldbrief sich ergeben (s. § 1157 A 2, § 1191 A 1). Hinsichtlich der Art der nach dieser Vorschrift in Betracht kommenden Einreden gilt das in § 1157 A 1 Bemerkte. Über Einreden des die Grundschuld bestellenden Eigentümers auf Grund des der Grundschuldbestellung zugrunde liegenden Grundgeschäfts, insbesondere auf Grund der Forderung, die etwa zu der Grundschuld in Beziehung gesetzt ist, vgl. § 1191 A 1. — **§ 1160:** Der Geltendmachung einer Briefgrundschuld kann widersprochen werden, wenn nicht der Brief vorgelegt wird. — **§ 1163 Abs 2:** Eine Briefgrundschuld steht bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zu. — **§§ 1168, 1176:** Verzichtet der Gläubiger auf die Grundschuld, so erwirbt sie der Eigentümer. Verzichtet der Gläubiger auf einen Teil, so hat der dem Gläubiger verbleibende Teil den Vorrang vor dem dem Eigentümer zufallenden Teile der Grundschuld. — **§ 1179:** Verpflichtet sich der Eigentümer einem andern gegenüber, die Grundschuld löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Eine Vereinigung der Grundschuld mit dem Eigentum in einer Person findet nicht gemäß § 1163 Abs 1 Satz 1 statt, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt ist und diese nicht zur Entstehung gelangt (§ 1191 A 1 sowie Abs 3 dieser Anmerkung). Daher kann eine Löschungsvormerkung aus § 1179 für diesen Fall bei der Grundschuld nicht bestellt werden (vgl. **RG** Warn 1913 Nr 57; jedoch auch 1913 Nr 353, wo anscheinend der Standpunkt, daß die Nichtentstehung der Forderung ein Fall der Vereinigung der Grundschuld mit dem Eigentum sei, wenigstens nicht abgelehnt worden ist). Vielmehr könnte nur eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs gegen den Grundschuldgläubiger auf Aufhebung der Grundschuld für den Fall, daß die Forderung nicht zur Entstehung gebracht werden sollte, nach § 883 Abs 1 Satz 1 in Betracht kommen. Haben aber die Beteiligten in einem Falle, in dem der Grundstückseigentümer bei der Einräumung des Vorranges für eine neu einzutragende Grundschuld vor einer eingetragenen Hypothek eine Löschungsvormerkung bezüglich der Grundschuld (mit der Verpflichtung, die Grundschuld löschen zu lassen, wenn und soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinige) für den zurücktretenden Hypothekengläubiger bestellt hat, irrigerweise angenommen, es werde durch die Vormerkung auch der Fall betroffen, daß die durch die Grundschuld gesicherte Forderung nicht zur Entstehung gelange (die Grundschuld „nicht valutiert" sei), so kann hierin der Ausdruck des Willens gefunden werden, es solle dem Grundstückseigentümer, soweit die Forderung nicht zur Entstehung gelange, gegen den Grundschuldgläubiger nicht ein Anspruch auf Übertragung der Grundschuld, sondern nur ein Anspruch auf Löschung, zu deren Herbeiführung er dem zurücktretenden Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet sein solle, schuldrechtlich zustehen (**RG** 85, 89). — **§ 1183:** Zur Aufhebung der Grundschuld durch Rechtsgeschäft ist die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Über Aufhebung des im Falle der Zwangsversteigerung an die Stelle der Grundschuld tretenden Rechtes am Versteigerungserlöse und Verzicht darauf vgl. diese Anmerkung Abs 3. — Über die Zulässigkeit entsprechender Anwendung des **§ 1180** im Falle der Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek für die Forderung eines neuen Gläubigers vgl. § 1198 A 1.

Aus vorstehendem ergibt sich insbesondere hinsichtlich der Eigentümergrundschuld: Der Eigentümer erlangt die Grundschuld, wenn er den Gläubiger befriedigt (§§ 1142, 1143; § 1143 A 6) oder der Gläubiger auf die Grundschuld verzichtet (§ 1168), oder wenn und solange der Eigentümer den für die eingetragene Briefgrundschuld erteilten Grundschuldbrief dem Gläubiger nicht übergibt (§ 1163 Abs 2; **RG** 77, 108). Weitere Fälle der Eigentümergrundschuld können sich nach §§ 1170, 1171 (Ausschließung des unbekannten Grundschuldgläubigers auf Grund Aufgebots) sowie nach §§ 1172, 1173, 1175, 1182 (Gesamtgrundschuld) ergeben. Dagegen geht die Grundschuld auf den Eigentümer nicht über, wenn die Forderung, die etwa zu der Grundschuld in Beziehung gesetzt ist, nicht zur Entstehung gelangt oder erlischt (§ 1191 A 1; a. M. KGJ 35 A 329; 43, 264). Befriedigt der Eigentümer den Grundschuldgläubiger, so erwirbt zwar, wie bemerkt, der Eigentümer die Grundschuld, aber nach § 1142, 1143, nicht nach § 1163 Abs 1 Satz 2, mag auch die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt sein und diese zufolge der Befriedigung des Grundschuldgläubigers zugleich er-

löschen (**RG** 78, 68). Über Unanwendbarkeit des § 1163 Abs 1 Satz 1, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung dienen sollte und diese nicht zur Entstehung gelangt, vgl. § 1191 A 1. Namentlich auch im Falle des Ausbleibens der Zahlung des Betrags, für dessen Rückzahlung die Grundschuld Sicherung bieten sollte, steht die Grundschuld dem die Auszahlung an den Eigentümer unterlassenden Gläubiger zu, wenn sie rechtsgültig bestellt worden ist. Der die Grundschuld bestellende Eigentümer kann nur auf Grund des der Grundschuldbestellung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Grundgeschäfts oder gemäß §§ 812ff. Beseitigung der in Erwartung der Zahlung bestellten Grundschuld von dem Gläubiger (auch einem dritten bösgläubigen Erwerber nach § 1169) verlangen (**RG** 78, 67; § 1191 A 1). Eine Eigentümergrundschuld entsteht nicht. Gelangt das Grundstück zur Zwangsversteigerung und fällt die Grundschuld nicht in das geringste Gebot, sondern erlischt sie gemäß §§ 52, 91 ZVG durch den Zuschlag, so kommt es darauf an, ob der Gläubiger auf den Teil des Versteigerungserlöses, der etwa auf die Grundschuld entfällt, Anspruch erhebt oder nicht. Im ersteren Falle ist ihm, wiewohl er keine Zahlung auf die Grundschuld geleistet hat, der Erlösteil auszuzahlen, da die Grundschuld für ihn rechtsgültig bestand. Der Eigentümer kann aber, wenn er der Besteller der Grundschuld ist, von dem Gläubiger den auf seine Kosten ohne rechtlichen Grund erlangten Erlösteil auf Grund des schuldrechtlichen Grundgeschäfts oder gemäß § 812 herausverlangen (str., vgl. **RG** 78, 64ff.). Erklärt der Gläubiger, daß er auf das an die Stelle der Grundschuld getretene Recht am Versteigerungserlöse (vgl. **RG** 78, 63; Warn 1913 Nr 385) verzichte oder, was gleichbedeutend ist, daß er das Recht aufgebe, so gilt das nämliche, wie wenn ein Hypothekengläubiger derartige Erklärungen bezüglich des an die Stelle einer Hypothek getretenen Rechtes am Versteigerungserlöse abgibt: der Teil des Versteigerungserlöses wird von dem Rechte des Gläubigers frei und fällt, ebenso wie wenn etwa der Vollstreckungsschuldner auf den Erlösteil, der auf eine ihm zustehende (Eigentümer-) Grundschuld entfallen ist, verzichtet, den nachstehenden Berechtigten zu; nicht etwa geht das Recht am Versteigerungserlöse auf den Vollstreckungsschuldner und bisherigen Eigentümer über (str., a. M. Strohal in JheringsJ 59, 149ff., OLG 9, 379). Vgl. hierüber § 1168 A 1, auch **RG** 60, 251. Stand freilich dem Grundschuldbesteller wegen Nichtentstehung der Forderung ein Anspruch auf Übertragung der Grundschuld gegen den Gläubiger zu, so kann er diesen verantwortlich machen, weil er auf das Recht am Versteigerungserlöse verzichtet hat, statt es auf ihn, den Grundschuldbesteller, zu übertragen. Liquidiert der Gläubiger im Verteilungstermin auf die Grundschuld nichts oder nur einen Teilbetrag mit der Angabe, er habe Valuta nicht oder für den weiteren Teilbetrag nicht gewährt, so ist hierin eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, insbesondere eine Aufhebungs- oder Verzichtserklärung nicht zu finden (str., **RG** 78, 70; Warn 1913 Nr 57). Der Gläubiger kann guten Grund haben, eine solche Erklärung nicht abzugeben, weil er sich mit Rücksicht auf die Wirkungen dem Grundschuldbesteller gegenüber verantwortlich machen könnte. Da der Gläubiger nicht liquidiert, er aber trotz seiner Angabe der Nichtzahlung der Valuta als Grundschuldgläubiger zu gelten hat, ist der zur Hebung kommende Betrag (gemäß § 117 ZVG) zu hinterlegen (str., **RG** 78, 70). Der Grundschuldbesteller mag dann, soweit die Forderung nicht entstanden ist, vom Gläubiger Übertragung des Hinterlegten verlangen. Die nachstehenden Berechtigten haben keinen Anspruch darauf (**RG** 78, 71).

2. Von den **Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung**, deren **Geltung für die Grundschuld** Abs 2 neben der Bestimmung im Abs 1 noch ausdrücklich vorschreibt, weil wegen Fehlens einer Forderung bei der Grundschuld Zweifel darüber entstehen könnten, ob aus Abs 1 die Anwendbarkeit der Vorschriften zu entnehmen sei, kommen besonders in Betracht die §§ 1115 (Eintragung des Zinssatzes), 1118 (gesetzliche Zinsen), 1119 (Zinsenerhöhung), 1145 Abs 2 (Vorlegung des Grundschuldbriefs im Falle der Befriedigung gewisser Zinsforderungen), 1146 (Verzugszinsen), 1160 Abs 3 (Geltendmachung der Zinsforderungen), 1158, 1159, 1178 (Übertragung und Aufhebung von Zinsforderungen). Besondere Vorschriften über die Grundschuldzinsen geben die §§ 1194, 1197 Abs 2.

§ 1193

Das Kapital der Grundschuld wird erst nach vorgängiger Kündigung fällig. Die Kündigung steht sowohl dem Eigentümer als dem Gläubiger zu. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate[1]).

Abweichende Bestimmungen sind zulässig[2]).

E I 1139 II 1102; M 3 788; P 3 710.

1. Bei der Hypothek bestimmt sich die Fälligkeit nach der Forderung. Da der Grundschuld eine Forderung nicht zugrunde liegt, gibt § 1193 für sie besondere Vorschriften über die Fälligkeit. Jedoch nur bezüglich des **Kapitals der Grundschuld.** Dieses wird, wenn nicht Abweichendes bestimmt ist (Abs 2), **erst nach vorgängiger sechsmonatiger Kündigung, die sowohl dem**

Eigentümer als dem Gläubiger zusteht, **fällig.** Hinsichtlich der Fälligkeit der Grundschuldzinsen ist vom Gesetz eine Bestimmung nicht getroffen. Ist bei Festsetzung der Verzinslichkeit die Fälligkeit der Zinsen nicht besonders geregelt, so wird das bezüglich der Darlehnszinsen vom Gesetz (§ 608) Bestimmte als gewollt anzusehen sein (OLG 7, 195). — Auf die Kündigung findet § 1141 Anwendung (der als Eigentümer Eingetragene gilt zugunsten des kündigenden Gläubigers als wahrer Eigentümer).

2. Die bezüglich der Fälligkeit des Kapitals **zulässige,** von Abs 1 **abweichende Bestimmung** durch Vereinbarung der Beteiligten oder in den Fällen der §§ 1195, 1196 (Grundschuld für den Eigentümer, für den Inhaber des Grundschuldbriefs) durch einseitige Erklärung des Eigentümers, bedarf zur Wirksamkeit gegenüber Dritten der Eintragung (§ 873), die aber nach § 874 durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bewirkt werden kann. — Zu einer Änderung der Zahlungszeit ist nach §§ 1119, 1192 die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht erforderlich. — Hinsichtlich der aus einer Hypothek entstehenden Grundschuld des Eigentümers gilt die Sonderbestimmung des § 1177 Abs 1.

§ 1194

Die Zahlung des Kapitals sowie der Zinsen und anderen Nebenleistungen hat, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, an dem Orte zu erfolgen, an dem das Grundbuchamt seinen Sitz hat[1]).

E I 1139 II 1108; M 3 789; P 3 710.

1. Da ein persönliches Schuldverhältnis, nach dem sich der Zahlungsort bestimmen könnte, bei der Grundschuld nicht, wie bei der Hypothek, in Betracht kommt, ist durch § 1194 hierüber, und zwar nicht nur, wie § 1193 (Zahlungszeit), bezüglich des **Kapitals,** sondern auch bezüglich der **Zinsen und anderen Nebenleistungen** (s. § 1115 A 6), die besondere Bestimmung, daß die **Zahlung an dem Orte des Grundbuchamtssitzes** zu erfolgen hat, **soweit nicht ein anderes bestimmt ist,** getroffen, und zwar mit Rücksicht darauf, daß am Sitze des Grundbuchamts etwaige Anstände durch Einsicht des Grundbuchs leicht erledigt werden könnten und der Gläubiger stets Gelegenheit habe, die nach den §§ 1144, 1145 erforderlichen Erklärungen abzugeben (M 3, 789; Prot 3, 711). Es ist also insbesondere, wenn es sich um Abwendung des Eintritts des Verzugs (§ 284) handelt, rechtzeitig am Sitze des Grundbuchamts Zahlung zu leisten, sofern nicht anderes bestimmt ist. Dies gilt auch dann, wenn der Gläubiger an einem anderen Orte seinen Wohnsitz hat und daher das Geld nach § 270 Abs 1 an diesen Wohnsitz zu übermitteln ist, da gemäß § 270 Abs 4 die Vorschriften über den Leistungsort durch die Übermittlungspflicht nicht berührt werden; es ist mithin das Geld rechtzeitig von dem Orte des Grundbuchamtssitzes abzusenden (vgl. OLG 26, 201). — Hinsichtlich der Erfordernisse einer andern Bestimmung, sowie der späteren Änderung gilt das in § 1193 A 2 Bemerkte. — Für die aus einer Hypothek entstehende Grundschuld des Eigentümers ist die Sondervorschrift des § 1177 Abs 1 maßgebend.

§ 1195

Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird[1]). Auf einen solchen Brief finden die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung[2]).

E II 1104; P 3 712.

1. Während die sog. Inhaberhypothek gemäß §§ 1185 Abs 1, 1187 als Sicherungshypothek stets Buchhypothek ist, kann die sog. **Inhabergrundschuld** nicht als Buchgrundschuld, sondern nur **in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird.** Jedoch finden nach § 1192 auf die Inhabergrundschuld (außer den in Satz 2 genannten Vorschriften auch) die §§ 1187—1189 (wie übrigens die Vorschriften über die Hypotheken überhaupt) entsprechende Anwendung. Daher gilt das zu diesen Paragraphen Bemerkte, soweit es die Inhaberhypothek betrifft, auch für die Inhabergrundschuld, es sei denn, daß sich aus den nach Satz 2 anzuwendenden Vorschriften (s. A 2) etwas anderes ergibt. Hervorzuheben ist, daß nach § 1188 zur Bestellung der Inhabergrundschuld genügt die einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Grundschuld für den Briefinhaber bestelle, und die Eintragung in das Grundbuch, sowie, daß nach § 1189 für den jeweiligen Gläubiger (s. A 2) ein Vertreter mit den dort genannten Befugnissen bestellt werden kann. — Hinsichtlich des Inhabergrundschuldbriefs vgl. GBO §§ 43 Satz 2, 54 Abs 2 Satz 2 (Vorlegung bei jeder Eintragung, auch eines Widerspruchs, erforderlich, sofern nicht die

Eintragung von dem bestellten Vertreter bewilligt ist), 70 Abs 2 (ist die Inhabergrundschuld in Teile zerlegt, so ist über jeden Teil ein besonderer Brief herzustellen).

2. Die **Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber,** die **auf den Inhabergrundschuldbrief entsprechende Anwendung finden,** sind die §§ 793ff. Hinsichtlich ihrer Anwendung ist folgendes hervorzuheben: Aus den §§ 793, 794 folgt, daß, abweichend von den §§ 1117, 1163 Abs 2, der jeweilige Inhaber des Inhabergrundschuldbriefs der Gläubiger der Inhabergrundschuld wird, auch wenn ihm der Brief nicht von dem (die Grundschuld bestellenden) Eigentümer übergeben und selbst wenn der Brief dem Eigentümer gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen ist, sowie daß die Abtretung der Inhabergrundschuld (und Belastung mit Nießbrauch oder Pfandrecht, §§ 1081, 1293) nicht gemäß § 1154 Abs 1, 2, sondern durch Übergabe des Briefes erfolgt (Pfändung nach §§ 808, 821 ZPO). — Gemäß dem von der Anwendung im § 1195 nicht ausgenommenen § 795, dessen Zweck, die Allgemeinheit gegen Ausbeutung durch schwindelhafte Unternehmungen zu schützen, auch hinsichtlich der Inhabergrundschuld zutrifft, darf der Inhabergrundschuldbrief nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden, und ist ein ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangter Brief nichtig (RG 59, 384; RJA 1, 37; OLG 29, 376). Daraus folgt, daß das Grundbuchamt, da es nicht dazu mitwirken darf, daß eine nichtige, die Allgemeinheit gefährdende Urkunde in den Verkehr gebracht wird (vgl. auch § 145a StGB), die Eintragung der Inhabergrundschuld, der die Ausstellung des Briefes und dessen Aushändigung an den Eigentümer nachfolgen müßte, abzulehnen hat, wenn die staatliche Genehmigung nicht nachgewiesen wird (RG 59, 386; RJA 1, 38; auch OLG 29, 377). Ist trotzdem die Eintragung (versehentlich) erfolgt, so ist sie nichtig, da eine Inhabergrundschuld nur unter Ausstellung eines Inhabergrundschuldbriefs bestellt werden darf (s. A 1) und der Brief nichtig ist; sie kann dann auch nicht als Eigentümergrundschuld gelten, da diese zur Voraussetzung hat (s. § 1177 A 1), daß ein hypothekarisches Recht am Grundstück überhaupt an sich rechtsgültig bestellt worden ist (str.). — Die Einwendungen, die gegen den Inhaber des Briefes zulässig sind, ergeben sich aus § 796. Zu ihnen gehört auch die, daß die Bestellung der Grundschuld nicht rechtsgültig erfolgt sei. — Befriedigt der Eigentümer den Gläubiger, so erwirbt er gemäß § 797 das Eigentum an dem ihm auszuhändigenden Brief und somit auch die Grundschuld. Er kann über sie verfügen, insbesondere sie löschen lassen, ohne einer Zustimmung des bisherigen Inhabers zu bedürfen. Auch braucht er dem Grundbuchamt den Nachweis der Befriedigung nicht zu erbringen. — Auf die Erneuerung des Briefes gegen Rückgabe des alten erscheint § 798 nicht anwendbar, da der Brief nicht von dem Grundschuldbesteller, sondern vom Grundbuchamt erteilt wird. An die Stelle dieser Vorschrift treten die §§ 67, 68 GBO. — Für die Kraftloserklärung des Briefes ist nicht § 1162, sondern § 799 (ZPO §§ 1003ff.) maßgebend. Zahlungssperre: § 802; ZPO §§ 1019ff. Erneuerung des Briefes auch hier nicht nach § 800, sondern nach GBO §§ 67, 68. — Verjährung: §§ 801, 902. — Nach der herrschenden Meinung sollen auch die §§ 803—805, betreffend Zins- und Erneuerungsscheine, sowie § 806 bezüglich der Umschreibung auf den Namen eines bestimmten Berechtigten Anwendung finden. Beides ist jedoch abzulehnen. Über die Herstellung von Zinsscheinen enthält die GBO keine Bestimmungen. Sie könnten nur als besondere Grundschuldbriefe gestaltet werden. § 1195 läßt aber offensichtlich nur für ein Grundschuldkapital die Ausstellung eines Grundschuldbriefs auf den Inhaber zu. Ferner ist die Umschreibung auf den Namen eines bestimmten Gläubigers nichts anderes als eine Änderung des Inhalts der Inhabergrundschuld, wodurch diese zur gewöhnlichen Grundschuld wird. Eine solche Umwandlung bedarf nach §§ 877, 873 der Einigung zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer sowie der Eintragung.

§ 1196

Eine Grundschuld kann auch für den Eigentümer bestellt werden[1]).

Zu der Bestellung ist die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll, und die Eintragung erforderlich; die Vorschrift des § 878 findet Anwendung[2]).

E I 1142 II 1105; M 3 791; P 3 712.

1. Das Gesetz **gestattet** durch die Ausnahmebestimmung des § 1196 (RG 70, 357) die einseitige **Bestellung einer Grundschuld** (nicht auch einer Hypothek, s. A 2) **für den Eigentümer** selbst, um diesem zu ermöglichen, bei Aufnahme einer zweitstelligen Hypothek, gegen die er sich später Geld beschaffen kann, sich eine vorgehende Stelle zur Verfügung zu halten (M 3, 792). — Die Grundschuld kann nicht bloß als Brief-, sondern auch als Buchgrundschuld bestellt werden; letzterenfalls genügt zur Ausschließung der Brieferteilung, abweichend von § 1116 Abs 2

Satz 2, die einseitige Erklärung des Eigentümers, wie aus Abs 2 folgt. — Veräußert der Eigentümer das Grundstück, so behält er die Grundschuld. Beim Rangvorbehalt dagegen geht die vorbehaltene Befugnis nach § 881 Abs 3 auf den Erwerber über. — Über die Befugnisse des Eigentümers auf Grund der Grundschuld vgl. § 1197. Die Grundschuld kann auch eine verzinsliche sein; hinsichtlich der Zinsen findet dann § 1197 Abs 2 Anwendung (KGJ 37 A 294).

2. Die **Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte** (s. § 875 A 7, 10), **daß die Grundschuld für ihn eingetragen werden solle,** bedarf zur Rechtswirksamkeit nicht einer Form. Erforderlich ist jedoch, daß die Erklärung vom Eigentümer dahin abgegeben wird, es solle eine Grundschuld für ihn eingetragen werden (RG 70, 359). Die Bestellung der Eigentümergrundschuld enthält, weil sie die Belastung des Grundstücks mit einem dinglichen Rechte bewirkt, eine Verfügung über das Grundstück. Daher bedarf der Ehemann, der mit seiner Ehefrau im Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft nach BGB lebt, zur Bestellung der Eigentümergrundschuld der Einwilligung der Ehefrau (RJA 12, 161). — Formellrechtlich gehört zur Begründung des Eintragungsantrags (§ 13 GBO) Abgabe der Erklärung in der Form des § 29 GBO. — Über die Voraussetzungen für die Unwiderruflichkeit der Erklärung gilt das in § 873 A 14—17 Bemerkte. Ist danach die Erklärung für den Eigentümer bindend geworden, so hat eine nach Stellung des Eintragungsantrags eintretende Verfügungsbeschränkung gemäß § 878 auf die Wirksamkeit der Erklärung keinen Einfluß. — Die **Eintragung** ist nicht etwa für den Eigentümer allgemeinhin, sondern auf den Namen des betreffenden Eigentümers zu bewirken, wie sich aus den Worten „für ihn" ergibt. — Die Zulässigkeit der Grundschuldbestellung für den Eigentümer durch dessen einseitige Erklärung rechtfertigt nicht die Annahme, daß eine Hypothekbestellung als Bestellung einer Grundschuld des Eigentümers zu gelten hat, wenn die Einigungserklärung des Gläubigers nichtig, dagegen die Erklärung des Eigentümers rechtsgültig ist (vgl. hierüber § 1177 A 1). — Die Übertragung, Belastung und Pfändung einer dem Eigentümer zustehenden Grundschuld erfolgt ebenso, wie die der Grundschuld eines Dritten, gemäß § 1154 (§§ 1069, 1274, 1291) bzw. ZPO §§ 857 Abs 6, 830 (RG 55, 379; 56, 12; 56, 184; vgl. auch §§ 1154 A 1, 1163 A 3).

§ 1197

Ist der Eigentümer der Gläubiger, so kann er nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben.

Zinsen gebühren dem Eigentümer nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung[1]).

E I 1076, 1099, 1143 II 1106; M 3 678, 734, 744; P 3 572, 611, 712.

1. Dem **Grundschuldgläubiger,** der **zugleich Eigentümer** ist, wird die Berechtigung, die **Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung zu betreiben,** durch Abs 1 versagt, um die Benachteiligung nachstehender Berechtigter zu verhüten (Prot 3, 573); durch Abs 2 wird ihm ein Anspruch auf **Zinsen nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines andern zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung** gewährt, weil die Zinsen aus den Einkünften zu decken sind und daher, solange dem Gläubiger-Eigentümer die Einkünfte gebühren, er Zinsen von seiner Grundschuld nicht verlangen kann (M 3, 734; RG 60, 361). Ob der Eigentümer die Grundschuld gemäß § 1196 von vornherein für sich bestellt, oder ob er zufolge Umwandlung einer Hypothek kraft Gesetzes in eine Grundschuld (§ 1177 Abs 1) diese erlangt hat, macht keinen Unterschied (KGJ 46 235). Ferner gelten die Vorschriften des § 1197 gemäß § 1177 Abs 2 auch dann, wenn eine Hypothek mit der Forderung auf den Eigentümer übergegangen ist. Vgl. das in § 1177 A 4 Bemerkte, das für alle diese Fälle gilt. Soweit die Beschränkungen des § 1197 nicht in Betracht kommen, ist der Eigentümer, wie sonst ein Gläubiger, zur Verfügung über die Grundschuld und zu ihrer Geltendmachung befugt. Überträgt er sie an einen andern, so erlangt dieser ein unbeschränktes Grundschuldrecht, da die Beschränkungen des § 1197 nur während der Dauer der Vereinigung von Eigentum und Grundschuld in einer Person gelten. Insbesondere gebühren dem neuen Gläubiger unbeschränkt auch die Zinsen, sofern ihm solche übertragen worden sind (KGJ 46, 235). Bei der Übertragung kann die Grundschuld durch Unterlegung einer Forderung zugleich gemäß § 1198 in eine Hypothek für den neuen Gläubiger umgewandelt werden (unzulässig ist freilich die Umwandlung der Grundschuld in eine dem Eigentümer selbst zustehende Hypothek, s. hierüber § 1198 A 1). Auch ist der Eigentümer befugt, einem andern Berechtigten den Vorrang vor der Grundschuld einzuräumen (§ 880). Ferner kann die Grundschuld von ihm mit einem Nießbrauch belastet, verpfändet und gegen ihn gepfändet werden (mit der Maßgabe, daß die Beschränkung des Abs 2 bezüglich der Zinsen auch

gegenüber dem Nießbraucher bzw. dem Pfand- oder Pfändungsgläubiger wirkt, s. § 1177 A 4). Wird das Grundstück von einem andern zur Zwangsversteigerung gebracht, so kann der Eigentümer den von dem Versteigerungserlös auf das Grundschuldkapital entfallenden Betrag für sich erheben. Dagegen kann er Zinsen in dem Zwangsversteigerungsverfahren nicht liquidieren (RG 60, 362).

§ 1198

Eine Hypothek kann in eine Grundschuld, eine Grundschuld kann in eine Hypothek umgewandelt werden[1]). Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich[2]).

E I 1144 II 1107; M 3 795; P 3 720; 4 587.

1. Zur rechtsgeschäftlichen **Umwandlung einer Hypothek,** mag sie eine Verkehrs- oder eine Sicherungshypothek sein, **in eine Grundschuld,** oder **einer Grundschuld,** mag sie eine Brief- oder eine Buchgrundschuld sein, **in eine Hypothek,** sei es eine Verkehrs- oder eine Sicherungshypothek, bedarf es, weil dadurch der Inhalt der Hypothek bzw. Grundschuld geändert wird, gemäß §§ 877, 873 der Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer, für die hinsichtlich Form, Bindung usw. nichts Besonderes gilt (s. § 873 A 7—9, 13—17), und der Eintragung (RG 73, 53; Warn 08 Nr 272; RJA 11, 140; OLG 34, 30). Soll eine Grundschuld in eine Hypothek (Verkehrs- oder Sicherungshypothek) umgewandelt werden (der bei weitem häufigste Fall der Umwandlung), so muß die Einigung, wie bei der Bestellung einer Hypothek, zum Inhalte haben, daß die an die Stelle der Grundschuld zu setzende Hypothek zur Sicherung des bisherigen Grundschuldgläubigers für eine ihm zustehende Forderung, die bestimmt zu bezeichnen ist, dienen soll (RJA 3, 213; KGJ 31 A 339). — Formellrechtlich ist zur Vornahme der Eintragung (die, wenn auf Grund § 1 GBO landesrechtlich eine Spalte für Veränderungen eingeführt, in diese zu bewirken ist) die in der Form des § 29 GBO erklärte Umwandlungsbewilligung sowohl des Gläubigers als auch des Eigentümers erforderlich, da beide durch die Umwandlung im Sinne des § 19 GBO in ihrem Rechte betroffen werden, sowie der (formlose) Eintragungsantrag eines von ihnen (§§ 13, 30 GBO). — Wird eine Buchverkehrshypothek in eine Buchgrundschuld oder eine Buchgrundschuld in eine Buchverkehrshypothek oder in eine Sicherungshypothek umgewandelt, so bedarf es weder einer Einigung noch der Eintragung eines Vermerks über die Ausschließung der Brieferteilung im Sinne des § 1116 Abs 2. Dies gilt aber auch dann, wenn eine Sicherungshypothek in eine Buchgrundschuld umgewandelt werden soll. Vgl. hierüber § 1116 A 2. Wird eine Briefhypothek in eine Grundschuld oder eine Briefgrundschuld in eine Verkehrshypothek umgewandelt, so bleibt das umgewandelte hypothekarische Recht ein verbrieftes, wenn nicht die Erteilung des Briefes gemäß § 1116 Abs 2 ausgeschlossen wird. Dagegen wird im Falle der Umwandlung einer Briefgrundschuld in eine Sicherungshypothek das hypothekarische Recht stets zum Buchrecht, da bei einer Sicherungshypothek die Erteilung des Briefes durch das Gesetz (§ 1185 Abs 1) ausgeschlossen ist. — Soll die Umwandlung einer Briefhypothek oder Briefgrundschuld eingetragen werden, so ist gemäß § 42 GBO der Brief dem Grundbuchamt vorzulegen. Über die Behandlung des Briefes und (bei der Hypothek) der Schuldurkunde, je nachdem eine Briefhypothek in eine Briefgrundschuld oder in eine Buchgrundschuld, oder eine Briefgrundschuld in eine Briefhypothek oder in eine Buchhypothek umgewandelt wird, vgl. §§ 58, 65, 68, 69, 70 GBO; RJA 6, 75; 11, 138; OLG 10, 125. Soll eine Buchgrundschuld in eine Briefhypothek oder eine Buchhypothek in eine Briefgrundschuld umgewandelt werden, so ist ein Hypothekenbrief bzw. ein Grundschuldbrief gemäß §§ 56ff., 70 GBO herzustellen. — Soll bei der Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek nicht eine Forderung des bisherigen Grundschuldgläubigers, sondern die Forderung eines neuen Gläubigers der Hypothek untergelegt werden, so stehen zwei Wege offen. Entweder tritt der bisherige Gläubiger (wozu er aber in der Regel nicht verpflichtet sein wird) die Grundschuld an den neuen Gläubiger ab und darauf vereinbart der Eigentümer mit dem letzteren die Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek für dessen Forderung, oder der Eigentümer und der neue Gläubiger vereinbaren die Unterlegung der Forderung nebst der Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek und der bisherige Grundschuldgläubiger erteilt seine Zustimmung (vgl. RJA 7 S. 153, 233). Die Zulässigkeit des letzteren Weges ergibt sich daraus, daß nach § 1192 Abs 1 die Vorschriften des § 1180 entsprechend anzuwenden sind (str.). Dem steht nicht entgegen, daß nach § 1192 Abs 1 auf die Grundschuld die Vorschriften über die Hypothek nur Anwendung finden, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt. Daraus, daß die Grundschuld eine Forderung „nicht voraussetzt", folgt nicht, daß ihr nicht eine Forderung unter gleichzeitiger Umwandlung in eine Hypothek untergelegt werden kann. — Meistens freilich wird die Sachlage eine derartige sein, daß eine Hypothek zur Eigentümergrundschuld geworden ist und nun

die Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für die Forderung eines neuen Gläubigers umgewandelt werden soll. Dazu ist, da es zu der Umwandlung der Einigung zwischen dem Grundschuldgläubiger und dem Eigentümer bedarf (s. oben), hier aber der Grundschuldgläubiger zugleich Eigentümer ist und er eine Einigung nicht mit sich selbst vornehmen kann (s. unten: Umwandlung in eigene Hypothek), erforderlich, daß der Eigentümer als Grundschuldgläubiger die Grundschuld, wenn nicht vor der Umwandlung, so doch mindestens zugleich mit dieser an den neuen Gläubiger abtritt, so daß er selbst nicht mehr Grundschuldgläubiger ist, und sich als Eigentümer mit dem neuen Gläubiger über die Umwandlung einigt (str.; RJA 7, 153; KGJ 39 A 243; 45, 285; 49, 219; vgl. auch über Auswechselung der Forderung einer Eigentümerhypothek mit einer neuen Forderung für einen neuen Gläubiger § 1180 A 1). Formellrechtlich ist seine in der Form des § 29 GBO abgegebene Erklärung der Umwandlung und der Umschreibungsbewilligung nebst Eintragungsantrag allein ausreichend, da nur er der in dem eingetragenen Rechte Betroffene im Sinne des § 19 GBO ist (str.; RJA 3, 214; 7, 233; 9, 218; KGJ 39 A 244; 45, 285; vgl. OLG 2, 319). Zu beachten ist dabei, daß der Eigentümer sich gemäß der Ordnungsvorschrift des § 40 Abs 1 GBO zuvor oder gleichzeitig als Gläubiger der Grundschuld eintragen lassen muß (str.; a. M. OLG 1, 303; 1, 417; 2, 1; 2, 158; 2, 412; vgl. hierüber § 1163 A 3; jetzt auch KGJ 45, 285). Einzutragen ist also, daß die Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangen und dann an den neuen Gläubiger unter Umwandlung der Grundschuld wieder in eine Hypothek für die neue Forderung abgetreten sei (RG Warn 09 Nr 145; KGJ 45, 285). Zulässig ist auch die Umwandlung der Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für eine bedingte Forderung des neuen Gläubigers (KGJ 49, 219; 51, 288), wobei dann bezüglich der Eigentümergrundschuld das in § 1113 A 7 Bemerkte gilt (vgl. KGJ 49, 219). Dagegen kann der Eigentümer die Eigentümergrundschuld nicht in eine ihm gegen sich selbst zustehende Hypothek umwandeln, dies schon deshalb nicht, weil er die für die Hypothek notwendige Forderung nicht gegen sich selbst begründen kann (RJA 3, 213; 7, 151; KGJ 39 A 243). Aber auch in eine Hypothek für eine ihm gegen einen Dritten zustehende Forderung vermag er die Eigentümergrundschuld nicht umzuwandeln, da er eine Einigung über die Umwandlung nicht mit sich selbst vornehmen (s. oben: Umwandlung für neuen Gläubiger) und er nach materiellem Recht eine Hypothek an seinem Grundstück überhaupt nicht für sich durch einseitige Erklärung bestellen kann (str.). Sollen die Zahlungsbedingungen der Eigentümergrundschuld (§ 1177 Abs 1 Satz 2) bei der Abtretung und Umwandlung geändert werden, so handelt es sich um eine Änderung des Inhalts des dinglichen Rechtes und bedarf es nach §§ 873, 877 der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger darüber und der Eintragung der Änderung, wobei jedoch eine Löschung der früheren Bedingungen nicht erfolgt (KGJ 51, 289). Darüber, daß der Eigentümer bei der Umwandlung und Abtretung sich die Eigentümergrundschuld für das Zinsrecht vorbehalten kann, vgl. § 1158 A 3. Wird auf Grund einer zwischen dem Eigentümer, dem bisherigen Gläubiger und dem neuen Gläubiger getroffenen Vereinbarung eine Hypothek, deren Forderung durch Befriedigung erloschen ist, vom bisherigen Gläubiger an den neuen Gläubiger so abgetreten, wie wenn sie noch als Hypothek (für die bisherige Forderung) bestände, so ist dies dahin aufzufassen, daß die durch die Befriedigung entstandene Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für eine gleichgeartete Forderung des neuen Gläubigers umgewandelt und zugleich an diesen von dem bisherigen Gläubiger mit Genehmigung des verfügungsberechtigten Eigentümers (§ 185 Abs 1) abgetreten wird (vgl. RG SeuffA 74 Nr 162; anders OLG 31, 349, wonach ein Verzicht des Eigentümers auf die Rechte aus der Befriedigung vorliegen soll; auf die gesetzliche Folge der Befriedigung, die in der Entstehung der Eigentümergrundschuld besteht, kann aber nicht verzichtet werden). — Streitig ist, ob die Umwandlung einer Eigentümerhypothek (auf den Eigentümer übergegangenen Hypothek, § 1177 Abs 2) in eine Eigentümergrundschuld (Grundschuld des Eigentümers) zulässig ist. Dies ist zu bejahen, da der Eigentümer gemäß § 1196 eine Grundschuld für sich durch einseitige Erklärung bestellen kann (vgl. OLG 2, 319). — Hinsichtlich der Wirkung der Umwandlung, die in der Regel durch die Vereinbarung der Beteiligten näher bestimmt werden wird, ist besonders zu bemerken, daß im Falle der Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld die persönliche Forderung nicht ohne weiteres erlischt (M 3, 796). Nimmt aber der Gläubiger die Grundschuld an Erfüllungs Statt an, so tritt Erlöschen der Forderung ein (§ 364). Die Verzinsungs- und Zahlungsbedingungen bleiben, wenn sie vereinbart waren, bestehen, sofern nicht anderes festgesetzt wird, während, wenn nichts vereinbart war und auch nichts bestimmt wird, diese Bedingungen sich im Falle der Umwandlung einer Grundschuld in eine Hypothek nach dem Rechte der Schuldverhältnisse, im Falle der Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld nach §§ 1193, 1194 fortan bestimmen (M 3, 795). — Eine vom Eigentümer übernommene Verpflichtung, eine Eigentümergrundschuld in eine Hypothek für eine andere Forderung des Gläubigers oder für einen neuen Gläubiger umzuwandeln, hat nur schuldrechtliche Wirkungen zwischen den Beteiligten. Wird über das Vermögen des Eigentümers Konkurs er-

öffnet, so kann der Gläubiger nur eine Konkursforderung gemäß §§ 3, 69 KO geltend machen (**RG** Gruch 53, 1121). Eine rechtsgeschäftliche Umwandlung kommt nicht in Frage, wenn eine gemäß § 1163 Abs 1 Satz 1 oder § 1163 Abs 2 wegen Nichtentstehung der Forderung bzw. fehlender Briefübergabe zunächst dem Eigentümer (als Grundschuld) zustehende Hypothek demnächst zufolge nachträglicher Entstehung der Forderung bzw. Briefübergabe vom Gläubiger (als Hypothek) erworben wird. Hier vollzieht sich die Umwandlung kraft Gesetzes (**RG** SeuffA 60 Nr 151; OLG 10, 86). Andere Fälle der gesetzlichen Umwandlung sind die der Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümergrundschuld gemäß § 1177 Abs 1 und einer Grundschuld in eine Hypothek gemäß §§ 1173 Abs 2, 1182.

2. Über die Bestimmung, daß **die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht erforderlich** ist, sowie darüber, daß es auch der Zustimmung des etwa von dem Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldners nicht bedarf, wohl aber der Zustimmung Dritter, denen ein Recht an dem hypothekarischen Rechte zusteht, vgl. das in § 1186 A 2 Bemerkte.

II. Rentenschuld

§ 1199

Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß in regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Rentenschuld)[1].

Bei der Bestellung der Rentenschuld muß der Betrag bestimmt werden, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann. Die Ablösungssumme muß im Grundbuch angegeben werden[2].

E II 1108; P 3 771.

1. **Die Rentenschuld,** die ebenso, wie die gewöhnliche Grundschuld, sowohl Buchgrundschuld als auch Briefgrundschuld sein (§§ 1116, 1192, 1200) und (anders wie die Hypothek) auch für den Briefinhaber (§§ 1195, 1200) sowie für den Eigentümer (§§ 1196, 1200) bestellt werden kann, unterscheidet sich von der gewöhnlichen Grundschuld hauptsächlich dadurch, daß sie nicht, wie diese, auf Zahlung eines Kapitals, sondern auf **Zahlung einer bestimmten Geldsumme** (s. § 1113 A 4) **in regelmäßig** (aber nicht notwendig stets in gleicher Höhe) **wiederkehrenden Terminen,** einer Geldrente, gerichtet ist. Die Zahlung eines Kapitals, nämlich der Ablösungssumme, **aus dem Grundstück** (s. hierüber § 1113 A 6) kann der Gläubiger, abgesehen von der Zwangsversteigerung (wenn die Rentenschuld durch den Zuschlag gemäß §§ 90 Abs 1, 91 Abs 1 ZVG erlischt und aus dem Bargebot zu decken ist, **RG** 86, 259) oder der Zwangsverwaltung des Grundstücks (§§ 92 Abs 3, 158 ZVG), gemäß §§ 1201 Abs 2, 1202 Abs 3 nur verlangen, wenn ein Fall des § 1133 Satz 2 (Recht auf sofortige Befriedigung wegen einer die Sicherheit gefährdenden Verschlechterung des Grundstücks) gegeben ist, oder der Eigentümer, dem allein ein Kündigungsrecht zusteht, die Rentenschuld zur Ablösung gekündigt hat. Da sonach die Belastung mit einer Rente gegenüber der Kapitalbelastung in erster Linie das Wesen der Rentenschuld ausmacht und das Gesetz eine Kündigung der Rentenschuld seitens des Gläubigers nicht zuläßt, ist zur Bestellung einer Rentenschuld erforderlich, daß die fortdauernde Entrichtung einer seitens des Gläubigers zur Ablösung nicht kündbaren Rente ohne Rücksicht auf ein durch die Einzelzahlungen seitens des Gläubigers zu erlangendes Kapital festgesetzt wird. Sollen fortlaufend zu entrichtende Beträge zur allmählichen Zurückzahlung eines Kapitals dienen, so kann ein Grundstück hiermit nur in der Form der Hypothek oder der gewöhnlichen Grundschuld belastet werden (RJA 1, 122). Vgl. auch **RG** 85, 247; KGJ 21 A 313 (Erreichung eines ähnlichen wirtschaftlichen Zweckes durch Begründung einer Reallast). Ferner erscheint eine zeitliche Beschränkung der Rentenentrichtung mit dem Begriffe der Rentenschuld unvereinbar; denn nach dem Sinne des Gesetzes soll durch diese Belastungsart ein dauerndes Recht, das nur unter bestimmten Voraussetzungen zur „Ablösung“ gebracht wird, gewährt werden (str.; RJA 1, 124). — Von der Reallast unterscheidet sich die Rentenschuld (abgesehen von der Zulässigkeit der Erteilung eines Rentenschuldbriefs sowie der Bestellung für den Briefinhaber und für den Eigentümer) hauptsächlich dadurch, daß der Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Renten nicht persönlich haftet (vgl. § 1108) und daß die Zahlungstermine „regelmäßig“ wiederkehrende sein müssen (vgl. § 1105). Ferner kann zwar eine Reallast gemäß § 1105 Abs 2, nicht aber eine Rentenschuld zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks (als subjektiv-dingliches Recht) bestellt werden (RJA 4, 257). Vgl. auch über die Verschiedenartigkeit der Berücksichtigung beider Rechte im Falle der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung § 92 Abs 2, 3, §§ 121, 158 ZVG.

Danach bestimmt sich, wenn eine Rentenschuld durch den Zuschlag erlischt, weil sie nicht in das geringste Gebot gefallen ist, der Betrag der Ersatzleistung durch die Ablösungssumme (RJA 11, 53). — Die Rentenschuld untersteht den für die gewöhnliche Grundschuld geltenden Vorschriften der §§ 1191ff., soweit nicht aus den §§ 1199ff. sich ein anderes ergibt. Über Unzulässigkeit der Bestellung einer Rentenschuld für mehrere nacheinander Berechtigte vgl. OLG 36, 171.

2. **Die Ablösungssumme, deren fester Betrag in Geld bei der Bestellung der Rentenschuld bestimmt und die bei der Eintragung im Grundbuch** selbst **angegeben werden muß** (Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt nach §§ 1200, 1115 nicht), widrigenfalls die Rentenschuld nichtig ist, die auch im etwaigen Rentenschuldbrief angegeben werden muß (§ 70 Abs 1 Satz 2 GBO), unterliegt der freien Vereinbarung der Beteiligten und braucht nicht in einem bestimmten Verhältnis zu der Rente zu stehen, kann auch den bei einer Kapitalisierung der Jahresrente sich ergebenden Betrag oder den sonstigen Wert des Rentenbezugsrechts übersteigen, und sie kann, je nachdem die Ablösung in einem früheren oder späteren Zeitpunkt erfolgt, verschieden festgesetzt werden (**RG** 86, 260; RJA 11, 52).

§ 1200

Auf die einzelnen Leistungen finden die für Hypothekenzinsen[1]), auf die Ablösungssumme finden die für ein Grundschuldkapital geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung[2]).

Die Zahlung der Ablösungssumme an den Gläubiger hat die gleiche Wirkung wie die Zahlung des Kapitals einer Grundschuld[3]).

E II 1109; P 3 775, 779.

1. Von den für **die Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften,** die **auf die einzelnen Rentenleistungen** entsprechend anzuwenden sind, kommen besonders in Betracht: die §§ 197 (vierjährige Verjährung), 289 (keine Verzugszinsen), 1119 (keine Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten erforderlich im Falle der Erhöhung der Rente bis zu 5% der Ablösungssumme, vgl. RJA 11, 52), 1145 Abs 2 (Vorlegung des Rentenschuldbriefs im Falle der Befriedigung), 1158, 1159 (Übertragung), 1160 Abs 3 (Geltendmachung), 1178 (Erlöschen der Rückstände). Auch § 1115 Abs 1 (Angabe des Geldbetrags der Renten im Grundbuch) findet Anwendung (**RG** 54, 93).

2. **Die für ein Grundschuldkapital,** also die für die gewöhnliche Grundschuld mit Ausnahme ihrer Zinsen (§ 1192 Abs 2) **geltenden Vorschriften,** die **auf die Ablösungssumme** entsprechend anzuwenden sind, ergeben sich aus § 1192 Abs 1; insbesondere gelten danach die §§ 1154, 1155 für die Übertragung der Rentenschuld. — Die für die Höhe der dinglichen Belastung maßgebende Ablösungssumme (hinsichtlich der Renten s. A 1) darf nicht erhöht werden, auch nicht, wenn nachstehende Berechtigte nicht vorhanden sind (RJA 11, 51).

3. Die **Zahlung der Ablösungssumme** bei der Rentenschuld **wirkt** hinsichtlich des Übergangs des dinglichen Rechtes kraft Gesetzes auf den Eigentümer **gleich** der **Zahlung des Kapitals bei einer Grundschuld** (§§ 1143, 1192), so daß der Eigentümer, wie hier eine Grundschuld, dort eine Rentenschuld (das Recht auf die Renten) erlangt; nicht etwa nur eine Grundschuld in Höhe der Ablösungssumme, da eine solche Umwandlung im Gesetze nicht vorgeschrieben ist (str.).

§ 1201

Das Recht zur Ablösung steht dem Eigentümer zu.

Dem Gläubiger kann das Recht, die Ablösung zu verlangen, nicht eingeräumt werden. Im Falle des § 1133 Satz 2 ist der Gläubiger berechtigt, die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke zu verlangen[1]).

E II 1110; P 3 776, 780.

1. **Das Recht zur Ablösung,** also gemäß § 1202 Abs 1 Satz 1 zur Kündigung der Rentenschuld, **steht dem Eigentümer zu,** und zwar unbedingt, so daß es auch durch Vereinbarung der Beteiligten nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. jedoch § 1202 Abs 2). Dagegen ist die Rentenschuld seitens des Gläubigers unkündbar. **Räumt der** die Rentenschuld bestellende **Eigentümer** entgegen dem Verbot des Abs 2 Satz 1 **dem Gläubiger das Recht ein, die Ablösung zu verlangen** (die Rentenschuld zu kündigen), so ist die Rentenschuldbestellung nichtig, da gerade die Unkündbarkeit seitens des Gläubigers für die Rentenschuld von wesentlichster Bedeutung ist. Nur **im Falle des § 1133 Satz 2** (Recht auf sofortige Befriedigung wegen einer die Sicherheit der Rentenschuld gefährdenden Verschlechterung des Grundstücks s. § 1133 A 1—4) **kann der Gläubiger** unter Nachweis der Gefährdung seines Rechtes auf die fort-

dauernde Leistung der Rente **Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstück** (s. § 1113 A 6; RJA 11, 53) **verlangen.** Wenn jedoch der Eigentümer die Rente zur Ablösung gekündigt hat (§ 1202 Abs 1), kann der Gläubiger nach Eintritt der Fälligkeit ebenfalls Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstück verlangen (§ 1202 Abs 3; RG 86, 260). Erlischt ferner im Falle der Zwangsversteigerung die Rentenschuld gemäß §§ 52, 91 ZVG durch den Zuschlag, weil sie nicht in das geringste Gebot fällt, so hat der Gläubiger Anspruch auf Zahlung der Ablösungssumme aus dem Versteigerungserlös (§ 92 Abs 3 ZVG; RG 86, 259). Hinsichtlich der Zwangsverwaltung vgl. § 158 ZVG. — In der Geltendmachung der einzelnen Rentenleistung ist der Gläubiger nicht beschränkt. Er kann daher wegen jeder fälligen Rente (nach vorheriger dinglicher Klage) die Zwangsvollstreckung in das Grundstück, sowie in die nach §§ 1120ff. (1192, 1200) mithaftenden Gegenstände betreiben.

§ 1202

Der Eigentümer kann das Ablösungsrecht erst nach vorgängiger Kündigung ausüben[1]). Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate, wenn nicht ein anderes bestimmt ist[1]).

Eine Beschränkung des Kündigungsrechts ist nur soweit zulässig, daß der Eigentümer nach dreißig Jahren unter Einhaltung der sechsmonatigen Frist kündigen kann[2]).

Hat der Eigentümer gekündigt, so kann der Gläubiger nach dem Ablaufe der Kündigungsfrist die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstücke verlangen[3]).

E II 1111; P 3 776, 781.

1. Die Ablösungssumme wird, wie sich aus Abs 1, 2 ergibt, erst dann fällig, wenn die Zeit, während der die Kündigung seitens des Eigentümers nach den getroffenen Vereinbarungen nicht zulässig sein sollte, abgelaufen ist, der Eigentümer darauf (nicht schon vorher) gekündigt hat und demnächst die gesetzliche sechsmonatige oder die etwa vereinbarte kürzere oder längere Kündigungsfrist verstrichen ist.

2. Nach Art 117 Abs 2 EG bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche die Ausschließung des Kündigungsrechts des Eigentümers nur für eine kürzere Zeit als dreißig Jahre zulassen. — Eine Vereinbarung über Beschränkung des Kündigungsrechts, soweit sie danach bzw. nach Abs 1, 2 zulässig ist, bedarf der Eintragung in das Grundbuch. Jedoch genügt Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung.

3. Zu Abs 3 vgl. § 1201 A 1. — Ist über das mit der Rentenschuld belastete Grundstück die Zwangsversteigerung eingeleitet, so ist eine von dem Grundstückseigentümer erklärte Kündigung der Rentenschuld demjenigen betreibenden Gläubiger gegenüber, der der Rentenschuld im Range nachsteht, unwirksam und daher auch dem Ersteher gegenüber, da der Rentenschuldgläubiger zufolge der Kündigung nach Abs 3 das Recht erlangt, nach Ablauf der Kündigungsfrist die Zahlung der Ablösungssumme an Stelle der Rente zu verlangen, und demnach die Kündigung sich als eine Verfügung über einen der von der Beschlagnahme (§§ 20, 23 ZVG) betroffenen Gegenstände darstellt, die gegen das zugunsten des betreibenden Gläubigers bestehende Veräußerungsverbot (§§ 135, 136 BGB) verstieß (RG 86, 255).

§ 1203

Eine Rentenschuld kann in eine gewöhnliche Grundschuld, eine gewöhnliche Grundschuld kann in eine Rentenschuld umgewandelt werden[1]). Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich[2]).

E II 1112; P 3 775, 782; 4 587.

1. Nicht nur kann eine **Rentenschuld in eine gewöhnliche Grundschuld** und **diese in jene umgewandelt** werden, sondern auch, wie sich aus §§ 1186, 1198 ergibt, eine Rentenschuld unmittelbar in eine Hypothek (OLG 36, 137; s. A 2), indem ihr eine persönliche Forderung untergelegt wird. — Zur Umwandlung ist gemäß § 877 Einigung des Eigentümers und des Gläubigers, sowie Eintragung der Umwandlung in das Grundbuch erforderlich. Bei der Umwandlung der Rentenschuld in eine Grundschuld wird gemäß § 1200 Abs 1 die Ablösungssumme zum Grundschuldkapital, die Rente zum Zins. Der Betrag des Grundschuldkapitals darf den Betrag der Ablösungssumme nicht übersteigen (Prot 3, 783; RJA 11, 53). Ist die Rentenschuld (oder Grundschuld) für den Eigentümer bestellt oder auf den Eigentümer über-

gegangen (s. §§ 1196, 1199, 1200 A 3), so genügt seine einseitige Umwandlungserklärung. Zur Vornahme der Eintragung ist erforderlich, daß die Eintragungsbewilligungen (§ 19 GBO) in der Form des § 29 GBO erklärt sind.

2. Ist dagegen die Rentenschuld (oder Grundschuld) mit dem Rechte eines Dritten belastet (s. § 876 A 1), so ist gemäß §§ 876, 877 die Zustimmung des Dritten erforderlich. — Über eine zufolge Ausnutzung dessen, daß es der Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht bedarf, für diese einen Schadensersatzanspruch nach § 826 begründende Umwandlung einer Rentenschuld in eine alsbald ohne Kündigung fällige Hypothek (s. A 1) vgl. OLG 36, 137. — Ist eine Rentenschuld in eine verzinsliche Hypothek umgewandelt, aber bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks nur die Rentenschuld in das geringste Gebot aufgenommen und mit dieser Kaufbedingung der Zuschlag erteilt worden, so braucht der Ersteher die Umwandlung, da ihre Übernahme eine lästigere Bedingung als die des Zuschlags enthielte, nicht gegen sich gelten zu lassen (OLG 30, 96).

Neunter Abschnitt

Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten

Erster Titel

Pfandrecht an beweglichen Sachen

§ 1204

[1]) Eine bewegliche Sache [2—7]) kann zur Sicherung einer Forderung [8]) in der Weise belastet werden, daß der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache [9]) zu suchen (Pfandrecht).

Das Pfandrecht kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden [10]) [11]).

E I 1145 II 1118; M 3 797—799; P 3 440.

1. **Die Begriffsmerkmale des Pfandrechts an beweglichen Sachen (Faustpfandrechts, Fahrnispfandrechts)** sind im Abs 1 zunächst für das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht gegeben. Sie gelten aber in gleicher Weise für das gesetzliche Pfandrecht (§ 1257) und für das durch Pfändung entstandene Pfandrecht an beweglichen Sachen (ZPO § 804). Das Pfandrecht ist danach das dingliche Recht an einer fremden beweglichen Sache, das dem Gläubiger einer Forderung zur Sicherung für diese die Befugnis zur Befriedigung aus der Sache gewährt, also ein zur Forderungssicherung gegebenes dingliches Befriedigungsrecht.

2. **Bewegliche Sache.** Wegen des Begriffs Sache vgl. § 90. Da nur bewegliche Sachen verpfändet werden können, so scheiden noch stehende Bäume, Früchte auf dem Halm und sonstige wesentliche Bestandteile eines Grundstücks (§ 94) aus dem Kreise der verpfändbaren Sachen aus. Der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung sind Früchte, die vom Boden noch nicht getrennt sind, ausnahmsweise unterworfen (ZPO § 810). Im übrigen aber können sie, wie andere Bestandteile des Grund und Bodens, nicht Gegenstand des Pfandrechts sein. Grundstückszubehör kann, wie veräußert, so auch verpfändet werden, da die Zubehöreigenschaft die Beweglichkeit nicht aufhebt. Inwieweit Zubehör bei Hypothekbelastung des Grundstücks mit diesem haftet, ergeben die §§ 1120—1122; soweit hiernach verpfändete Zubehörstücke für die Hypothekforderung haften, geht die hypothekarische Belastung dem Pfandrechte vor. Unpfändbare Sachen (ZPO § 811) sind verpfändbar.

3. **Natürliche Selbständigkeit der Sachen; Teile.** Auch Bestandteile beweglicher Sachen können, solange die Bestandteilseigenschaft dauert, nicht für sich verpfändet werden. Also nicht das Kalb in der Kuh. Entstehung von Sonderpfandrecht an Bestandteilen ist schlechthin unmöglich. Am Anteil eines Miteigentümers kann dagegen nach § 1258 ein Pfandrecht bestellt werden. Nicht das gleiche gilt von unausgeschiedenen Teilstücken einer im Alleineigentum stehenden Sache oder Sachmenge. Wer ein Faß Wein im Eigentum hat, kann nicht ohne Ausscheidung ein Drittel davon verpfänden, weil es an der Selbständigkeit der Pfandsache mangelt.

4. **Verwertbarkeit.** Der Zweck des Pfandrechts, dem Gläubiger Befriedigung aus dem Pfande zu gewähren, führt zum Ausschlusse derjenigen Sachen von der Verpfändbarkeit, die ihrer Art nach in der vom Gesetz vorausgesetzten Weise nicht verwertet werden können. So insbesondere in der Regel jene Urkunden, die nur zum Beweise von Forderungen bestimmt, nicht, wie die Schuldverschreibungen auf den Inhaber, selbst Träger des Vermögenswerts sind. Aus diesem Grunde kann nach **RG** 66 S. 26, 27 (vgl. auch **RG** JW 04, 555[15]) ein Hypo-

thekenbrief (RG 22. 6. 12 V 85/12), nach RG 51 S. 83, 86 eine Lebensversicherungspolice nicht für sich allein Gegenstand des Pfandrechts sein. Dasselbe hat aber auch in der Regel von Hinterlegungsscheinen (RG 14. 4. 16 VII 32/16) und Sparkassenbüchern (RG 68, 282) zu gelten. Nicht selten wird die „Verpfändung" eines solchen unselbständigen Papiers gemäß § 140 als Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts, wenn nicht sogar als Ermächtigung für den Gläubiger anzusehen sein, sich durch Benutzung der Urkunde bezahlt zu machen (Abhebung der Sparbeträge; RG 51, 83). Hierin liegt indessen nur eine persönliche Befugnis, kein Pfandrecht (OLG 26, 204). Auch sonst kann sich unter dem Worte „Verpfändung" ein anderes Rechtsgeschäft, z. B. eine Sicherungsübereignung oder Abtretung bergen. So bei der Verpfändung von Mieten (OLG 26, 203).

5. Sachgesamtheiten. Inbegriffe von Sachen können als solche nicht Gegenstand des Pfandrechts sein. Vom Pfandrecht ergriffen werden stets nur die einzelnen körperlichen Sachen. Für jede dieser einzelnen Sachen müssen die Voraussetzungen zur Entstehung des Pfandrechts vorliegen; bei jeder einzelnen muß, wenn es sich um den Rang des Rechtes handelt, besonders geprüft werden, in welchem Zeitpunkte die Summe aller wesentlichen Voraussetzungen für die Entstehung des Rechtes (§§ 1205 ff.) erfüllt worden ist. So RG 53, 218 (Holzlager), RG 16. 5. 05 VII 537/04 (Warenlager), RG JW 06, 224[7]; RG 68, 49 (Verlagsunternehmen), RG 70, 228; 95, 235 (Gewerbe- oder Handelsunternehmen, Zeitungsverlag). Dies hindert nicht, die einzelnen zu verpfändenden Gegenstände bei der Einigung über die Pfandbestellung mit der Gesamtbezeichnung zusammenzufassen.

6. Geld kann als bewegliche, körperliche Sache ebenfalls verpfändet werden. Zu prüfen wird jedoch immer sein, ob die Beteiligten die Sicherung durch die Übergabe des Geldes wirklich in dem Sinne vereinbart haben, daß die Geldstücke im Eigentum des Hingebenden bleiben und nur mit einem Pfandrechte zugunsten des Empfängers belastet sein sollen, oder dahin, daß der Empfänger Eigentümer werden soll (vgl. § 1205 A 7 Abs 2). Auf letzteres wird es deuten, wenn eine Verzinsung vereinbart ist. Daß nur Sicherung der Endzweck des Geschäfts ist, steht der Übereignung nicht im Wege — Sicherungsübereignung —.

7. Zukünftige Sachen. Da Sache nach § 90 „körperlicher Gegenstand" ist und körperliche Gegenstände nur wirklich bestehende Gegenstände sind, so ist es unmöglich, daß ein Pfandrecht an einer zukünftig erst entstehenden oder selbständig werdenden Sache schon vor ihrer Entstehung ins Leben tritt. Dagegen ist es möglich, die Entstehung eines Pfandrechts an einer künftigen Sache auf rechtsgeschäftlichem Wege vorzubereiten. Die Einigung über die Bestellung des Pfandrechts kann auch über Sachen, die ein selbständiges Dasein noch nicht haben, auf den Fall, daß sie solches erlangen, von vornherein getroffen werden. So kann vereinbart werden, daß der Gläubiger ermächtigt sein soll, die Früchte des dem Schuldner gehörenden Grundstücks einzuernten und als Pfand für seine Forderung zu behalten, daß Bestandteile bei ihrer künftigen Trennung verpfändet sein sollen, Ersatzstücke an die Stelle einzelner abgehender Pfandstücke treten sollen („Surrogierungsklausel"; RG 53, 218). Festzuhalten ist aber dabei, daß das Pfandrecht nicht vor dem Zeitpunkt ins Leben tritt, in dem die Pfandsache als selbständige Sache wirklich besteht, und auch dann nur entsteht, wenn alle Bestellungsvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. § 1205).

8. Zur Sicherung einer Forderung. Das Pfandrecht ist in seinem Bestand abhängig von dem Bestande der Forderung, zu deren Sicherung es dienen soll. Es ist von ihr untrennbar, hat ohne sie keine Lebensfähigkeit (Akzessorietät). Die Forderung muß dem Gebiete des Vermögensrechts angehören und entweder auf Geldleistung gerichtet sein oder doch im Falle der Nichterfüllung in eine Geldforderung übergehen können. Das Pfandrecht für die ursprüngliche Forderung verwandelt sich dann ohne weiteres in Pfandrecht für die Ersatzforderung. Die Forderung kann sich gegen den Pfandbesteller und Eigentümer des Pfandes, oder gegen einen Dritten richten (Pfandbestellung für fremde Schulden; RG 12. 2. 08 VII 313/07). Ist die Forderung von vornherein nichtig, so entsteht kein Pfandrecht. Ist jedoch im Wege des § 140 statt der von den Beteiligten beabsichtigten Forderung eine andere entstanden, so muß auch das Pfand als für diese bestellt gelten. Ob man noch einen Schritt weitergehen und annehmen darf, daß das Pfandrecht auch zugunsten anderer Forderungen aufrechterhalten wird, die an Stelle der ursprünglich beabsichtigten, aber eines Nichtigkeitsgrundes wegen nicht ins Leben getretenen Forderungen entstanden sind (Bereicherungsansprüche), ist zweifelhaft und jedenfalls nicht im allgemeinen zu bejahen. Eine Aushilfe wird in solchen Fällen zumeist das Recht der Zurückbehaltung der vermeintlich zu Pfand gegebenen Sache bis zur Erfüllung der Forderung bieten (§ 273). Ansprüche, die nicht Forderungen sind, können durch Pfandrecht nicht gesichert werden. So nicht der Ausgleichsanspruch nach § 2050 (RG 14. 5. 12 VII 46/12) und die Ansprüche auf Unterlassung, soweit diese nicht im Nichterfüllungsfall in Geldforderungen übergehen. Ebenso nicht dingliche Rechte, wie z. B. die Grundschuld oder die Hypothek. Was RG 93, 234 für die Bürgschaft ausgesprochen ist, gilt auch für das Pfandrecht. Es kann aber jemand die Gewähr dafür übernehmen, daß eine Grundschuld oder eine Hypothek zur Hebung gelangt, und für die so übernommene

Verpflichtung kann er ein Pfandrecht bestellen. Selbstverständlich können auch durch Pfandrecht gesichert werden Vertragsstrafen, auch wenn sie für den Fall einer Verletzung von Ansprüchen oder Rechten vereinbart sind, die durch ein Pfandrecht unmittelbar nicht sicherbar sind.

Die verjährte Forderung kann durch Pfand gesichert werden. Dies ergibt sich aus den §§ 222, 223 mit Notwendigkeit. Denn abgesehen davon, daß nach § 222 Abs 1 durch die Verjährung der Anspruch nicht erlischt und nach § 223 die Verjährung das bestehende Pfandrecht (abgesehen von dem Pfandrechte für die Zinsenrückstände) nicht berührt, räumt § 222 Abs 2 der Sicherheitsleistung für den bereits verjährten Anspruch Wirksamkeit selbst dann ein, wenn die eingetretene Verjährung dem Sicherheitsleistenden unbekannt war. Bei den übrigen Fällen, in denen das Gesetz zwar die Geltendmachung einer Verbindlichkeit nicht zuläßt, gleichzeitig aber die Rückforderung des zur Erfüllung Geleisteten versagt, darf aus dem letzteren Umstande nicht ohne weiteres abgeleitet werden, daß eine natürliche Verbindlichkeit vorliege, die durch Pfand gesichert werden könne. Es ist vielmehr auf den Grund der Gesetzesvorschrift zurückzugehen. Überall, wo der Verbindlichkeit die Anerkennung versagt wird, weil sie einem Verhalten zugute käme, das gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist auch der Bestärkung einer solchen Verbindlichkeit und damit der Bestellung des Pfandrechts zu ihren Gunsten die Anerkennung zu versagen. So in den Fällen des § 817. Die Anordnung, daß die Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, beruht nicht auf der Erwägung, daß der beiderseitige Verstoß sich ausgleiche und deshalb die Rechtsänderung Schutz verdiene, sondern auf der Erwägung, daß dem Leistenden gegen den Schaden, den er sich durch den Verstoß selbst zugefügt, kein Rechtsschutz gebühre. Die Möglichkeit der Bestellung des Pfandrechts muß aber auch in den Fällen verneint werden, in denen das Gesetz zwar nicht die zugrunde liegende Rechtshandlung verbietet oder als sittenwidrig erachtet, aber den Gedanken des Zwanges zur Erfüllung als dem Rechtsgefühl zuwiderlaufend ablehnt. So bei Spiel und Wette und bei dem Heiratsvermittlerlohn. Zuzulassen aber wird die Pfandbestellung in den Fällen sein, in denen sie zugunsten der Verbindlichkeit aus einer sittlichen Pflicht oder einer Anstandspflicht erfolgt (§ 814). Denn für diese Fälle ist aus dem Gesetze selbst nichts ersichtlich, was der Verstärkung der sittlichen Pflicht oder Anstandspflicht durch die Beteiligten entgegenstehen sollte. Ob mit der Pfandbestellung solchenfalls gleichzeitig eine klagbare Forderung geschaffen ist, ergeben die Umstände des Falles.

9. Befriedigung aus der Sache, d. h. letzten Endes durch die Verwertung der Sache selbst, nach Maßgabe des Gesetzes. Ist vereinbart, daß der Gläubiger nur aus den Früchten der Sache Befriedigung suchen, daß ihm dagegen Befriedigung aus der Sache selbst zu suchen überhaupt nicht zustehen soll, also insbesondere auch dann nicht, wenn ein nachstehender Pfandgläubiger — etwa ein Pfändungspfandgläubiger — zur Pfandversteigerung schreitet, so ist ein Pfandrecht an der Sache nicht bestellt. Vereinbar dagegen ist das Pfandrecht an der Sache mit einem Übereinkommen, daß der Pfandgläubiger sich nach und nach aus den Früchten für Zinsen und Kapital zu befriedigen hat und sich nur dann an die Pfandsache selbst halten darf, wenn die Früchte ausbleiben oder ein Dritter zum Pfandverkaufe schreitet.

10. Künftige oder bedingte Forderung: eine Forderung, deren zukünftige Entstehung bei der Pfandbestellung in Aussicht genommen wird, und die für den Fall ihrer Entstehung durch das Pfand gesichert werden soll (RG Warn 1912 Nr 383). Die Vorschrift hat Bedeutung für aufschiebend bedingte, betagte und für solche Forderungen, die nur künftig möglicherweise entstehen werden. Aus der Freiheit, ein Pfandrecht für künftig möglicherweise entstehende Forderungen zu bestellen, muß aber weiter darauf geschlossen werden, daß es auch zulässig ist, ein Pfandrecht für eine Forderung zu bestellen, die nur möglicherweise jetzt besteht, deren Bestand aber ungewiß ist. Das ergibt sich auch aus § 232. Pfandbestellungen dieser Art sind insbesondere zur Sicherung der aus einer Geschäftsverbindung „jetzt schon bestehenden oder künftig noch entstehenden" Forderungen üblich (RG 22. 5. 12 V 294/11); der Kreis der Forderungen, denen das Pfandrecht Sicherheit bieten soll, muß bestimmt erkennbar sein. Die Erklärung, daß das Pfandrecht zugunsten aller Forderungen eines bestimmten Gläubigers an einen bestimmten Schuldner dienen soll, genügt (RG 78, 26; RG JW 1911, 367[23]). Eine dem § 1115 entsprechende Vorschrift ist für das Fahrnispfandrecht nicht gegeben. Im Grundbuchverkehr kommt das z. B. dadurch zum Ausdruck, daß die Verpfändung einer Hypothek, die zur Sicherung einer dem Betrage nach unbestimmten Forderung erfolgt ist, eingetragen werden kann, ohne daß es der Angabe eines Höchstbetrags der Forderung bedarf (KJA 12, 262). Pfandrechte für künftige, betagte, bedingte und ungewisse Forderungen sind, weil jedes Pfandrecht in seinem Bestande von dem Bestande der Forderung abhängt, insoweit, als ihnen eine schon bestehende Forderung nicht entspricht, eigentlich nicht Pfandrechte, sondern nur Rechtsgebilde, die sich zu wirklichen Pfandrechten entwickeln können und die deshalb, sowie aus Gründen des Verkehrsbedürfnisses vom Gesetz auch während des Schwebezustandes als Pfandrechte bezeichnet und behandelt werden.

11. **Vereinbarte Beschränkungen.** Mangels einer verbietenden Bestimmung im Gesetze kann das Pfandrecht bei der Bestellung an Bedingungen geknüpft und zeitlich eingeschränkt werden. Eine Vereinbarung dahin, daß z. B. bei Verpfändung für künftige Forderungen aus einer Geschäftsverbindung das Pfand nur bis zu einer bestimmten Höhe haften soll, beschränkt nicht das Pfandrecht auf einen Wertteil des Pfandgegenstandes, sondern beschränkt nur die Sicherung auf einen Höchstbetrag der Forderung und ist in diesem Sinne zulässig und wirksam.

§ 1205

[1] [2] Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, daß der Eigentümer [3] die Sache dem Gläubiger [4] übergibt [5] und beide darüber einig sind [6], daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll [7]. Ist der Gläubiger im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts [8].

Die Übergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigentümers befindlichen Sache kann dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt [9].

E I 1147 II 1114; M 3 800—802; P 3 441—443.

1. **Schaffung des Pfandrechts durch Rechtsgeschäft, Pfandbestellung.** Die §§ 1205 ff. beschäftigen sich nur mit dem Rechtsgeschäfte, das unmittelbar die Schaffung des Pfandrechts zum Gegenstande hat und sie bewirkt. Der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, für eine Forderung ein Pfand zu bestellen, ist ausschließlich nach den Vorschriften über das Recht der Schuldverhältnisse zu beurteilen. Eine solche Verpflichtung ist nicht Voraussetzung der Pfandbestellung (RG 26. 11. 13 V 275/13). Ob eine bei Abschluß des Vertrags über die zugrunde liegende Forderung, z. B. des Darlehnsvertrags, getroffene, auf die Pfandbestellung bezügliche Abrede lediglich die Übernahme einer Verpflichtung zur Pfandbestellung enthält oder schon die zur Entstehung des Pfandrechts führende Einigung über die dingliche Rechtsänderung, ist Sache der Auslegung im einzelnen Falle. Ebenso ist es Frage der Auslegung, ob nach dem Willen der Beteiligten in den auf die Herbeiführung der dinglichen Rechtsänderung gerichteten Erklärungen zur Einigung über die Pfandbestellung auch die Übernahme einer Verpflichtung zur Pfandbestellung — zur Übergabe des Pfandes — zu erblicken ist.

2. **Verwandtschaft mit den Grundsätzen über die Eigentumsübertragung.** Die Vorschriften über die Voraussetzungen der Pfandrechtsbestellung schließen sich auf das engste an die Vorschriften über die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen an, nur wird die Überlassung des Besitzes an den Erwerber bei der Pfandrechtsbestellung noch strenger und ausnahmsloser gefordert als bei der Eigentumsübertragung. Der Abs 1 des § 1205 insbesondere ist dem § 929 wörtlich nachgebildet. Auf die Anmerkungen zu § 929 ist daher hier Bezug zu nehmen. Hervorzuheben ist, daß sowohl die Einigung über die Pfandbestellung als auch die Einigung über die Übernahme der Gewalt an der Sache durch den Pfandgläubiger der tatsächlichen Erlangung der Gewalt durch den Pfandgläubiger vorausgehen kann (RG Warn 1912 Nr 433). Es steht sogar nichts im Wege, daß jene Einigungen schon erfolgen, bevor der Verpfänder selbst das Eigentum erlangt hat. (Künftige Bestandteile von Warenlagern.) Die zur Pfandrechtsbestellung erforderliche Einigung muß aber zur Zeit der Übergabe der Pfandsache noch vorhanden sein. Sie braucht allerdings nicht bewiesen zu werden, wenn keine Einwendungen dagegen erhoben werden (RG 20. 12. 18 VII 191/18).

3. **Eigentümer.** Wegen der Verpfändung durch den Nichteigentümer vgl. § 1207 (gutgläubiger Erwerb) und § 185 (Erwerb durch Verfügung des Nichtberechtigten mit Einwilligung des Berechtigten und Erwerb durch nachträgliches Wirksamwerden — Konvaleszenz —).

4. **Gläubiger** ist bei Bestellung des Pfandrechts für eine künftige oder eine möglicherweise entstehende Forderung (§ 1204 Abs 2) derjenige, dem diese künftige oder mögliche Forderung in Aussicht steht. Die Übergabe kann auch an bevollmächtigte Stellvertreter erfolgen (RG Warn 1914 Nr 58), nur ist, da § 930 nicht entsprechend anwendbar ist, die dort für die Eigentumsübertragung vorgesehene Ersatzübergabe bei dem Schweigen des Gesetzes für die Pfandbestellung nicht in Frage kommt, der Eigentümer bei der Pfandbestellung als Besitzvermittler nicht zuzulassen, der Verpfänder von der Stellvertretung des Pfandgläubigers bei der Pfandübergabe auch dann auszuschließen, wenn der Vornahme des Pfandbestellungsgeschäfts der § 181 nicht entgegensteht. Der Prokurist oder Angestellte des Verpfänders kann dagegen für seine Person der Vertreter des Gläubigers beim Besitzerwerb sein oder dessen Besitzdiener;

auch die Übergabe an einen solchen genügt (RG 67, 421; 77, 201). Wird die Pfandsache jemand übergeben, der bei der Übernahme für den Gläubiger als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt (§ 177), so entsteht im Falle der nachträglichen Zustimmung (Genehmigung) des Gläubigers das Pfandrecht mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts durch den Vertreter (§ 184). Die Besitzübertragung unter Abwesenden beim Mangel eines Bevollmächtigten für den Gläubiger ist aber auch in der Art möglich, daß der Verpfänder dem Dritten die Sache zur Verwahrung übergibt, ihn dadurch zum unmittelbaren, sich zum mittelbaren Besitzer macht, gleichzeitig den mittelbaren Besitz auf den Gläubiger überträgt und die Verpfändung dem Dritten anzeigt, vgl. Absatz 2.

5. Übergabe. Einräumung des Besitzes an den Gläubiger: der Eigentümer und Verpfänder muß seinen Besitz (oder doch seinen Alleinbesitz — § 1206 —) aufgeben (RG 57, 324), der Gläubiger muß den Besitz (oder doch den Mitbesitz — § 1206 —) mit dem Willen des Verpfänders erlangen. Erlangt der Gläubiger den Besitz ohne oder gegen den Willen des verpfändenden Eigentümers, so erlangt er trotz vorheriger Einigung über die Pfandbestellung kein Pfandrecht. Vereinbart der Mieter mit dem Vermieter, daß dieser an den künftig in die Mietsräume einzubringenden Sachen zugunsten rückständiger Miete Pfandrecht haben und zur Besitzergreifung ermächtigt sein soll, so erlangt der Vermieter Pfandrecht nur, wenn die Besitzergreifung auf Grund dieser Vereinbarung mit Zustimmung des Mieters erfolgt, nicht aber dann, wenn der Mieter vor der Besitzergreifung seine Zustimmung zurückgezogen und der Vermieter trotzdem Besitz ergriffen hat (RG 53, 220; RG JW 05, 290[15]). Einigung und Übergabe sind nach § 1205 eben zwei selbständig nebeneinanderstehende Erfordernisse. Die Einigung kann vorhanden sein und doch kann der Eigentümer Übergabe und Besitzübergang nicht wollen (RG JW 08, 681[13]). Der Pfandgläubiger verliert deshalb das Pfandrecht wieder, wenn er den ihm eingeräumten Pfandbesitz vertragswidrig länger als verabredet behält (RG JW 1914, 681[10]).

Die Besitzeinräumung kann auf verschiedene Art erfolgen, insbesondere auch durch Überlassung des Besitzes an dem Raume, in dem die Pfandsache lagert. Dazu kann unter Umständen die Übergabe der Schlüssel genügen, selbst wenn sich nachher noch ein ebenfalls das Schloß schließender Schlüssel beim Verpfänder finden sollte (RG 27. 9. 04 VII 105/04; RG Gruch 48, 955). Vorausgesetzt ist aber, daß die Schlüsselübergabe im einzelnen Fall dem Gläubiger auch tatsächlich ein Herrschaftsverhältnis oder Mitherrschaftsverhältnis über die Pfandsache verschafft hat (RG 77, 207). Die Übergabe von Schlüsseln zu einem Raume aber, oder die Überweisung eines Raumes, an dem der Verpfänder die Mitbenutzung tatsächlich behält, genügt für sich allein nicht, dem Gläubiger den nach § 1205 nötigen ausschließlichen Besitz zu gewähren (RG 66, 258; SeuffA 66 Nr 70). Darin, daß der Verpfänder die zum Pfand bestimmten Gegenstände gesondert aufstapeln und mit Pfandtafeln versehen läßt, liegt keine Übergabe im Sinne des § 1205, wenn der Verpfänder die Möglichkeit der Gewaltausübung über die Sache behält (RG 74, 146). Anders, wenn die aufgestapelten Sachen vereinbarungsgemäß durch die Leute des Pfandgläubigers so bewacht werden, daß dadurch der Zugriff des Verpfänders auf sie unmöglich ist (RG Warn 1912 Nr 433).

6. Einig sind vgl. § 929.

7. Daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Hier trennen sich die Wege der Pfandbestellung einerseits und der sonstigen Besitzüberlassungen zum Zwecke der Sicherung anderseits. Als solche kommt einmal in Betracht die Überlassung des Besitzes zur Sicherung in der Form der Einräumung eines rein persönlichen Zurückbehaltungsrechts. Dies wird dann anzunehmen sein, wenn dem Gläubiger die Veräußerung der Sache zum Zwecke der Befriedigung vereinbarungsgemäß nicht zustehen soll. Als fernere nicht pfandrechtliche Sicherungsübergabe zählt hierher die Übergabe von Vollmachten und sonstigen Ermächtigungspapieren (Legitimationspapieren), auf Grund deren der Gläubiger in der Lage ist, der Vereinbarung entsprechend im Falle des Verzugs des Schuldners durch Einhebung von Außenständen und Aneignung des Erlangten sich für seine Forderung zu befriedigen. Der Gläubiger hat hier weder Pfandrecht an dem übergebenen Papiere, das in der Regel für sich nicht verpfändbar sein wird, noch Pfandrecht an der Forderung, auf die sich etwa das Papier bezieht, sondern ist lediglich Bevollmächtigter zum eigenen Nutzen. Zu scheiden ist dieser Fall wieder von dem der Verpfändung von Inhaberpapieren und von Papieren, die durch Indossament übertragen werden können (§§ 1292—1295), in denen mit dem Pfandrecht am Papier Pfandrecht an der Forderung entsteht, und von dem Falle der Pfandbestellung durch Übergabe von Lagerscheinen, Ladescheinen und Konnossementen (HGB §§ 424, 450, 647), in denen die Übergabe des Scheines die Wirkung der Übergabe der Ware hat. Die Übergabe einer Bescheinigung der Zollbehörde über die Einlagerung von Ware genügt aber nicht als Übergabe der Ware, wenn der Verpfänder die tatsächliche Verfügung darüber behält (RG Warn 1913 Nr 293). Die dritte, wichtigste und häufigste nichtpfandrechtliche Sicherungsübergabe erfolgt bei der Sicherungsübereignung (vgl. hierzu § 930). Ihre Wirksamkeit im Hinblick auf § 1205 hängt davon ab, ob der ernste Wille, Eigentum zu übertragen, vorhanden war (RG

57, 175; 59, 146; 61, 432; 62, 126; **RG** JW 02 Beil 259; **RG** Warn 1910 Nr 404). Stellt sich die Sicherungsübereignung aber als Scheingeschäft dar, abgeschlossen, um eine Pfandbestellung zu verdecken, so finden nach § 117 Abs 2 die für die Pfandbestellung geltenden Vorschriften Anwendung. Erfüllt das Geschäft die Voraussetzungen der Pfandbestellung, so entsteht Pfandrecht; erfüllt es aber diese Voraussetzungen nicht, weil etwa der Besitz oder Alleinbesitz bei dem Verpfänder geblieben ist, so ist weder Eigentum übergegangen noch Pfandrecht entstanden.

Die Einigung darüber, ob dem Gläubiger Pfandrecht zustehen soll, ist auch entscheidend für die Frage der Rechtsnatur des „unregelmäßigen Pfandes" (pignus irregulare). Sind vertretbare Sachen (Geld, Wertpapiere) zur Sicherung für Forderungen dem Gläubiger mit der Ermächtigung übergeben worden, an deren Stelle gleichartige Sachen zurückzugewähren oder darüber zu seinem Nutzen zu verfügen (vgl. DepotG v. 5. 7. 96 § 2), so kann darin wie im Falle des § 700 ein Darlehn des Schuldners an den Gläubiger zu erblicken sein, das der Gegenforderung des Gläubigers zur Deckung dient. Dies wird häufig dann der Fall sein, wenn die Sicherungshingabe unter der Vereinbarung erfolgt, daß dadurch der Gläubiger sofort das Eigentum an dem Hingegebenen erhalten soll (vgl. § 1204 A 6). Wegen des als „Flaschenpfand" hingegebenen Geldes vgl. Oertmann in LZ 1918, 479ff. Ging aber die Vereinbarung dahin, daß der Gläubiger nicht Eigentum, sondern Pfandrecht an den hingegebenen Papieren erhalten und nur ermächtigt sein soll, sie im Falle des Bedürfnisses (Auslosung, Fusion, Verlustgefahr, Kursschwankungen) zu veräußern und durch andere zu ersetzen, so liegen Pfandrechte mit wechselndem Pfandgegenstande vor, nämlich zunächst eine Pfandbestellung an den übergebenen Papieren durch die Übergabe und, nach dem Erlöschen dieses Pfandrechts durch die Veräußerung des Papiers seitens des dazu ermächtigten Gläubigers, eine neuerliche Pfandbestellung an dem Ersatzpapier auf Grund der Einigung, daß dieses vom Gläubiger an Stelle des veräußerten für Rechnung des Verpfänders erworbene und beim Erwerb in dem Besitze des Gläubigers befindliche Papier gleichfalls wieder demselben Pfandverband unterstellt sein soll (§ 1205 Abs 1 Satz 2). Ist endlich die Sache zwar mit Veräußerungsermächtigung zum Pfande hingegeben, der Ersatz aber nicht vereinbart, so liegt Pfandrecht bis zur Veräußerung durch den Pfandgläubiger vor (**RG** 52, 202; 58, 286).

8. **Verpfändung einer schon im Besitze des Gläubigers befindlichen Sache** vgl. § 929 Satz 2 und die Anmerkung dazu. Wird die Besitzeinräumung nach § 854 Abs 2 ersetzt, so ist neben der Einigung über die Entstehung des Pfandrechts noch die besondere Einigung nach § 854 Abs 2 erforderlich. Beide Einigungen können der Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den künftigen Pfandgläubiger vorangehen. Die Einigung nach § 854 Abs 2 liegt alsdann darin, daß die Beteiligten darüber einig sind, der künftige Pfandgläubiger solle in die Lage kommen, die Gewalt über die Sache auszuüben, daß dies geschieht und daß zur Zeit der Erlangung des Besitzes der Übergabewille des bisherigen Besitzers noch fortbesteht (**RG** DJZ 1912, 1470).

9. **Verpfändung durch Übertragung des mittelbaren Besitzes.** Auch diese Art der Bestellung des Pfandrechts hat ein Vorbild bei der Eigentumsübertragung im § 931. Aber die Vorschriften über die Pfandrechtsbestellung weichen hier in sehr wesentlichen Punkten von dem Vorbilde ab. § 931 umfaßt alle Fälle, in denen ein Dritter im Besitz ist, schließt also die Fälle, in denen der Dritte Eigenbesitzer ist, ein, § 1205 Abs 2 schließt diese aus, so daß hier zunächst nur die Verpfändung des Herausgabeanspruchs nach § 1280 möglich ist, und umfaßt nur die Fälle des mittelbaren Besitzes des Verpfänders (§ 868). § 931 begnügt sich mit dem Erfordernisse der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache, § 1205 Abs 2 fügt noch das weitere Erfordernis der Anzeige der Verpfändung an den Besitzer hinzu. Die — von einer Anzeige im Sinne des § 409 wohl zu unterscheidende — Anzeige enthält die Verfügungshandlung, durch welche der unmittelbare Besitzer berechtigt und verpflichtet wird, die Sache statt an den Verpfänder an den Pfandgläubiger herauszugeben. Die Anzeige kann durch den Pfandgläubiger im Namen des Verpfänders bewirkt werden, jedoch enthält die Verpfändungsurkunde als solche regelmäßig noch nicht die dazu erforderliche Vollmacht (**RG** 85, 436). Die Vollmacht muß sich auf eine — die Verpfändung erst bewirkende — Willenserklärung des Verpfänders beziehen, nicht auf eine bloße Anzeige von einer angeblich schon bewirkten Verpfändung. Soll eine Hypothek oder eine Grundschuld verpfändet werden und befindet sich der Brief nur im mittelbaren Besitz des Hypotheken- oder Grundschuldgläubigers, so kann die nach den §§ 1154, 1192 erforderliche Übergabe des Briefes durch die Abtretung des — vielleicht befristeten — Herausgabeanspruchs und die Anzeige von der Verpfändung an den unmittelbaren Besitzer des Briefes ersetzt werden (**RG** 25. 10. 16 V 223/16; **RG** 85, 436). Die Anzeige ist nicht notwendig, weil die Hypothek oder die Grundschuld verpfändet wird, sondern weil die Übergabe des Briefes nach § 1205 Abs 2 ersetzt wird

Auch für die Verpfändung durch Übertragung des mittelbaren Besitzes einer Sache gilt das Gebot, daß die zu verpfändende Sache bestimmt bezeichnet und von anderen

unterscheidbar sein muß. Von einer in Verwahrung gegebenen Sachmenge (z. B. 100 Tonnen Teer) kann nicht bezüglich eines Bruchteils (z. B. 10 Tonnen) der mittelbare Besitz dadurch übertragen werden, daß der Anspruch auf Herausgabe von 10 nicht näher bezeichneten Tonnen abgetreten wird (RG 52, 385; RG Warn 1913 Nr 293). Die Fälle des hier in Frage kommenden mittelbaren Besitzes können verschiedenster Art sein (vgl. dazu § 868). Nicht dazu gehört der Fall der Verpfändung von Wertpapieren, die bei der Bank im Stahlkammerfach (Safe) des Kunden ruhen, dann, wenn der Stahlkammerfachvertrag — wie nach den tatsächlichen Verhältnissen in der Regel — nicht Hinterlegungsvertrag, sondern Mietvertrag ist (vgl. § 535 A 2). Die Verpfändung kann hier — abgesehen von der Übergabe — nur durch Einräumung des Verschlusses oder Mitverschlusses erfolgen.

§ 1206

[1]) An Stelle der Übergabe der Sache genügt die Einräumung des Mitbesitzes[2]), wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet[3]) oder, falls sie im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann[4])[5]).

E I 1147 II 1115; M 3 802; P 3 443—445; 6 260—262.

1. **Pfandbestellung durch Einräumung des Mitbesitzes.** Die beiden Fälle, in denen von dem Grundsatze, daß der Verpfänder sich des Besitzes zugunsten des Gläubigers begeben muß, eine Ausnahme gemacht und der Mitbesitz des Verpfänders zugelassen ist, haben eine doppelte gemeinschaftliche Voraussetzung: Einmal muß der Pfandgläubiger den Mitbesitz der Sache haben und ferner muß Vorsorge getroffen sein, daß der Verpfänder nicht ohne den Pfandgläubiger an die Sache gelangen kann, d. h. es muß der ausschließliche Gewahrsam des Verpfänders beseitigt sein (RG 53, 221). Die Vorschrift dient hauptsächlich für die Verpfändung von Warenlagern, aber auch zu andern Zwecken (Kautionsbestellungen).

2. **Einräumung des Mitbesitzes,** d. h. des gemeinschaftlichen unmittelbaren oder auch (RG Warn 1914 Nr 58) mittelbaren Besitzes. Über den gemeinschaftlichen unmittelbaren Besitz vgl. § 866 A 1. Er kann in den im § 1206 geregelten Fällen im Mitverschlusse liegen; die Einräumung des Mitbesitzes kann sich also in der Einräumung des Mitverschlusses erschöpfen (RG JW 06, 224[7]). Die Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes aber liegt immer in der Übernahme einer Verbindlichkeit des unmittelbaren Besitzers gegenüber dem Eigentümer und dem Pfandgläubiger, die Sache auf Grund eines der im § 868 aufgeführten Rechtsverhältnisse nur an beide mittelbare Besitzer herauszugeben (OLG 34, 218). Zur Herstellung des Mitbesitzes ist eine Willenskundgebung auch des Eigentümers erforderlich. Mitbesitz des Eigentümers und des Pfandgläubigers tritt deshalb nicht schon dadurch ein, daß sich der unmittelbare Besitzer dem Pfandgläubiger gegenüber verpflichtet, die Sache nur an den Eigentümer und ihn gemeinschaftlich herauszugeben. Eine solche Erklärung ist dem Eigentümer gegenüber wirkungslos und hindert ihn nicht, von dem unmittelbaren Besitzer die Herausgabe an ihn allein zu verlangen (RG 85, 439 f.).

3. **Der Mitverschluß** bedingt einen doppelten Verschluß, entweder so, daß der Zugang mittels zweier verschiedener Schlösser verschlossen ist, deren jedes nur durch einen besonderen Schlüssel geöffnet werden kann, oder so, daß das Öffnen des Schlosses nur mittels zweier Schlüssel möglich ist. Nicht von Mitverschluß kann dann gesprochen werden, wenn zum Öffnen nur ein Schlüssel gehört und Verpfänder wie Gläubiger einen solchen Schlüssel haben, so daß jeder ohne den andern öffnen kann (RG SeuffA 62 Nr 57; RG 25. 1. 07 II 238/06; 31. 1. 08 VII 161/07). Vorausgesetzt ist nicht die Möglichkeit des Mitverschlusses, sondern die tatsächliche Ausschließung der alleinigen Gewalt des Verpfänders über die Sache. Ist das Rechtsverhältnis so geschaffen, daß der Pfandgläubiger oder sein Beauftragter nur der Form und des § 1206 wegen den zweiten Schlüssel erhält, in Wirklichkeit aber stets durch Öffnen und Offenlassen des Verschlusses dem Verpfänder freien Zutritt geben soll und gibt, so entsteht kein Pfandrecht (RG 77, 201). Dagegen ist die vorübergehende Aushändigung des zweiten Schlüssels an Angestellte des Verpfänders unschädlich, wenn sie Kellerarbeiten, Herausnehmen oder Einbringen von Wein usw. ermöglichen soll und streng danach verfahren wird (RG 20. 3. 06 VII 321/06). Ist ein Weinlager in gemieteten Räumen durch Einräumen des Mitverschlusses verpfändet und vereinbart, daß Neuerwerbungen in die Pfandverbindlichkeit eintreten sollen, so entstehen bei ordnungsmäßigem Hergang Vermieterpfandrecht und Vertragspfandrecht gleichzeitig und also mit gleichem Range. Überläßt aber der Pfandgläubiger seinen Schlüssel dem Verpfänder selbst zum Einbringen des neuen Weines, so entsteht das Vertragspfandrecht erst, wenn der Schlüssel dem Pfandgläubiger wieder ausgehändigt wird. Das Vermieterpfandrecht geht in diesem Falle vor (RG 20. 2. 06 VII 505/06).

Nicht jeder Mitverschluß bedeutet aber ein Pfandrecht. Die von den Banken vermieteten Schrankfächer können nur von der Bank und dem Kunden gemeinsam geöffnet werden. Ein Pfandrecht der Bank an den in dem Fach aufbewahrten Gegenständen wegen Forderungen der Bank aus andern als den auf das Schrankfach bezüglichen Rechtsgeschäften besteht aber nur, wenn es durch ausdrückliche Abrede mit dem Kunden begründet wird. Eine Bestimmung der allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach die Bank wegen aller Ansprüche gegen den Kunden ein Pfandrecht an dessen Wertpapieren hat, bezieht sich im Zweifel nicht auf die in das Schrankfach eingelegten Papiere (Warn Jahrb. 1913, 125).

4. Pfandhalter, Treuhänder. Der Pfandhaltervertrag ist ein zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger einerseits und dem Pfandhalter anderseits geschlossener schuldrechtlicher Vertrag, durch den der Pfandhalter es übernimmt, das Pfand in treuen Händen zu halten, die Pfandsache zu verwahren und sie nur an den Verpfänder und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich herauszugeben, gegebenenfalls zur Durchführung des Pfandrechts des Pfandgläubigers (**RG** 87, 36). Der Pfandhalter muß den unmittelbaren Besitz haben. Daß eine Mehrzahl von Pfandhaltern mit gemeinschaftlichem Mitbesitz und Mitverschluß aufgestellt wird, ist nicht ausgeschlossen, wohl aber unmittelbarer Mitbesitz des Verpfänders neben dem Pfandhalter. Im letzterem Falle könnte nur in Frage kommen, ob nicht, wenn der Pfandhalter Besitzdiener des Gläubigers ist, Pfandbestellung durch Einräumung von Mitbesitz und Mitverschluß vorliegt. Ebenso liegt kein Pfandhaltervertrag vor, wenn der Pfandgläubiger Besitzer sein und ein Angestellter des Verpfänders den Besitz für ihn ausüben soll (**RG** 66, 258).

5. Wegen minderer Wirkungen des nach § 1206 begründeten Pfandrechts vgl. §§ 1213 Abs 2, 1231.

§ 1207

[1]) Gehört die Sache nicht dem Verpfänder, so finden auf die Verpfändung die für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften der §§ 932[2]), 934[3]), 935[4]) entsprechende Anwendung[5]).

E I 1147 II 1116; M 3 802; P 3 441—443.

1. Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbers. Die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers sind mit Ausnahme derjenigen über den Einfluß auf die Rechte Dritter, die für das Pfandrecht im § 1208 selbständige Regelung gefunden haben, ohne Einschränkung vom Eigentum zur entsprechenden Anwendung auf das Pfandrecht übernommen. Daß § 933 nicht für anwendbar erklärt ist, bedeutet keine Einschränkung, weil § 933 sich auf den beim Pfandrechte grundsätzlich ausgeschlossenen Fall des Erwerbs unter Besitzvorbehalt des Eigentümers — constitutum possessorium — bezieht. Der dem Pfandrechtserwerb eigentümliche Übergabeersatz nach § 1206 ist durch § 1207 ebenfalls geschützt, da diese Vorschrift alle Vorgänge bei der Verpfändung umfaßt.

Auf Orderpapiere beziehen sich die §§ 1207, 1208 nicht, da in § 1293 nur die Inhaberpapiere den Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen unterstellt sind.

2. Gutgläubiger Erwerb bei Verpfändung durch Übertragung des unmittelbaren Besitzes. Nach den entsprechend anzuwendenden Vorschriften des § 932 erwirbt der Gläubiger durch die Verpfändung Pfandrecht auch dann, wenn der Verpfänder nicht Eigentümer war, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach §§ 1205, 1206 das Pfandrecht erlangen würde, nicht in gutem Glauben war. Für den Fall, daß auf diese Weise das Pfandrecht einem Gläubiger bestellt wird, der sich schon im Besitze der Sache befindet, gilt dies jedoch nur dann, wenn er den Besitz vom Verpfänder erlangt hatte. Vgl. hierzu im einzelnen § 932 A 1—5. Auf den Erwerb von Pfandrecht durch Pfändung (ZPO § 804) findet § 1207 und damit § 932 keine Anwendung. Denn abgesehen davon, daß nach § 804 ZPO nur auf das durch die Pfändung entstandene Pfandrecht, nicht auch auf dessen Entstehung die Vorschriften über das Vertragspfandrecht anzuwenden sind, würde auch die Anwendung des § 1207 auf das Pfändungspfandrecht durch den inneren Grund des Schutzes des guten Glaubens — das zu schützende Vertrauen auf die Ehrlichkeit der Besitzübertragung — nicht gerechtfertigt (**RG** SeuffA 62 Nr 47; **RG** 30. 10. 06 VII 14/06; **RG** 90, 197f.). Wegen des gesetzlichen Pfandrechts vgl. § 1257. Über die Beurteilung der Frage des guten Glaubens in einzelnen Fällen vgl. **RG** 58, 162 (unbeanstandete Annahme von Mänteln ohne Zinsscheinbogen als grobe Fahrlässigkeit erachtet), **RG** 68, 130 (Unterdrückung von Zweifeln über die Richtigkeit einer Mitteilung über die Verfügungsbefugnis eines Kaufmanns als grobe Fahrlässigkeit), noch weitergehend **RG** 71, 337, wo sogar im Anwendungsbereiche des DepotG v. 5. 7. 96 eine Umkehrung der Beweislast hinsichtlich des guten Glaubens an die Verfügungsbefugnis des Kaufmanns angenommen wird, **RG** 67, 27 (Unterlassung der Prüfung der Verfügungsberechtigung einzelner Erben bei der Annahme von Nachlaßpapieren zu Pfand nicht als grobe

Fahrlässigkeit erachtet), endlich RG Warn 13, 325. Unbeanstandet blieb in RG 6. 2. 06 VII 248/05 die Auffassung, daß des guten Glaubens ermangelt, wer absichtlich über die Verfügungsbefugnis des Verpfänders im unklaren bleiben will. Zu verweisen ist hierzu darauf, daß nach § 366 HGB in dem Falle, daß ein Kaufmann eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache in seinem Handelsbetriebe verpfändet, §§ 1207 u. 1208 des BGB auch dann Anwendung finden, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Verpfänders betrifft, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, und daß nach § 8 Abs 2 des DepotG die Bank das allgemeine Pfandrecht an den ihr zugesandten Papieren grundsätzlich dann nicht erwerben kann, wenn sie die Mitteilung erhalten hat, daß sie fremdes Eigentum seien. Wegen der gesetzlichen Vermutung gegen den guten Glauben der Bank vgl. HGB § 367.

3. **Gutgläubiger Erwerb bei Verpfändung durch Übertragung des mittelbaren Besitzes** (vgl. § 934 A 1). Zu beachten ist: Zum Erwerbe nach § 1205 Abs 2 gehört außer der Übertragung des mittelbaren Besitzes (Abtretung des Anspruchs) die Verpfändungsanzeige an den unmittelbaren Besitzer. Erfolgt diese nach der Übertragung des mittelbaren Besitzes, so entsteht das Pfandrecht erst im Augenblicke der Anzeige. Dieser Augenblick nun muß als für den guten Glauben entscheidend herangezogen werden. Denn, wenn auch im § 934 gesagt ist, daß der gute Glaube „zur Zeit der Abtretung" vorhanden sein muß, so rechtfertigt sich dies dort um deswillen, weil im Falle des § 931 das Eigentum durch die Abtretung des mittelbaren Besitzes allein ohne Anzeige erlangt wird, und hat deshalb dieselbe Bedeutung wie im § 932 die Wendung: „zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde". Wird die Vorschrift aber in diesem Sinne entsprechend angewendet, so führt sie zu dem obigen Ergebnisse. Nur dieses Ergebnis ist auch mit der Regelung der Frage des Ranges des gutgläubig erworbenen Pfandrechts im § 1208 vereinbar. Zu beachten ist ferner, daß § 1207 in Verb. mit § 934 nur den guten Glauben an das Eigentum des Verpfänders schützt, nicht auch den an dessen mittelbaren Besitz. Tritt also jemand einen ihm nicht zustehenden Herausgabeanspruch zum Zwecke der Verpfändung der Sache ab, so entsteht ein Pfandrecht auch dann nicht, wenn der andere Teil den Abtretenden gutgläubig für den berechtigten Inhaber des Herausgabeanspruchs gehalten hat (RG 14. 4. 16 VII 32/16). In einem solchen Falle kann erst die Erlangung des Besitzes der Sache selbst von dem Dritten das Pfandrecht entstehen lassen, vgl. die zweite Möglichkeit des § 934.

4. **Verpfändung gestohlener, verlorener und sonst abhanden gekommener Sachen** vgl. § 935. Wegen des Sonderrechts der Pfandleihanstalten vgl. EG Art 94 Abs 2.

5. Auf die **Verpfändung durch Einräumung des Mitbesitzes** ist, je nachdem der unmittelbare oder der mittelbare Mitbesitz eingeräumt wird, § 932 oder § 934, in jedem Falle aber § 935 entsprechend anzuwenden. Zu beachten ist auch hier, daß im § 1206 außer der Einräumung des Mitbesitzes noch ein weiteres Erfordernis für die Entstehung des Pfandrechts aufgestellt ist, das des Mitverschlusses oder der Verpflichtung des Dritten, nur an Eigentümer und Gläubiger gemeinschaftlich herauszugeben, und daß deshalb, wenn dieses weitere Erfordernis zeitlich erst an letzter Stelle erfüllt wird, der gute Glaube des Erwerbers in diesem letzten Augenblicke als dem Augenblick des Erwerbs vorhanden sein muß (vgl. A 3).

§ 1208

[1]) Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet[2]), so geht das Pfandrecht dem Rechte vor[3]), es sei denn, daß[4]) der Pfandgläubiger zur Zeit des Erwerbes des Pfandrechts[5]) in Ansehung des Rechtes[6]) nicht in gutem Glauben ist[7]). Die Vorschriften des § 932 Abs 1 Satz 2, des § 935 und des § 936 Abs 3 finden entsprechende Anwendung[8])[9]).

E I 1152 II 1117; M 3 806; P 3 452.

1. **Erwerb eines Pfandrechts im guten Glauben an das Nichtbestehen älterer Rechte; Vorrang vor diesen.** Die Vorschrift des § 1208 erstreckt sich unmittelbar sowohl auf den Fall des Erwerbs eines Pfandrechts vom Eigentümer nach §§ 1205, 1206, wie auf den des Erwerbs des Pfandrechts vom Nichteigentümer im Wege des § 1207. Sie schützt den guten Glauben, schont aber die älteren Rechte insofern, als sie ihren Bestand unangetastet läßt und nur den Rang verändert. Als guter Glaube kommt hier, wo der Rang des Rechtes in Frage steht, nur der gute Glaube an das Nichtbestehen älterer Rechte in Betracht. Der gute Glaube an das Eigentum des Verpfänders ist nur insoweit von Bedeutung, als ohne ihn, wenn dem Verpfänder das Eigentum fehlt, Pfandrecht des Erwerbers überhaupt nicht entsteht.

2. **Mit dem Recht eines Dritten belastet,** gleichviel, welcher Art dieses ältere Recht ist — ob Pfandrecht, Nießbrauch, Hypothek (§ 1120) oder fremdländisches Schiffsregisterpfandrecht (RG 77, 4), und gleichviel welchen Ursprungs —, ob rechtsgeschäftlich bestellt, als gesetzliches Recht gegeben oder durch Zwangsvollstreckung (Pfändung) entstanden. Doch muß es ein ding-

liches Recht an der Sache sein, und zwar das eines Dritten. Hat der Pfandgläubiger unwissentlich selbst ein vorgehendes Recht an der Sache, so tritt eine Rangänderung unter den Rechten durch den Erwerb des Pfandrechts nicht ein.

3. **So geht das Pfandrecht dem Rechte vor.** Nur der Vorrang des Pfandrechts vor dem unbekannten älteren Rechte ist damit ausgesprochen. Die Rangordnung der älteren Rechte untereinander wird vom § 1208 nicht berührt. Zweifel können sich hierbei ergeben, wenn mehrere ältere Rechte von verschiedenem Range bestehen und der Erwerber des neuen Pfandrechts von ihnen ein nachgehendes kennt, in Ansehung der diesem vorgehenden aber in gutem Glauben ist. Das dem gutgläubigen Erwerber bekannte Recht müßte nach § 1208 dem Pfandrechte des Erwerbers vorgehen, den diesem Pfandrechte nachgehenden übrigen, beim Erwerb unbekannt gebliebenen Pfandrechten aber nachgehen. Die zunächst unmöglich scheinende Lösung der Schwierigkeit ergibt sich dann, wenn in Betracht gezogen wird, daß § 1208 lediglich den Schutz des gutgläubigen Erwerbers im Auge hat. Dieser hat nur daran ein Interesse, daß seinem Pfandrechte keine schwerere Belastung vorausgeht, als ihm bei dem Erwerbe bekannt war, nicht aber daran, zu wessen Gunsten die ihm vorangehende Belastung wirkt. Nur das erstere verbürgt darum § 1208. Kommt es zur Veräußerung des Pfandes und zur Verteilung des Erlöses, so ist hiernach zwar der Betrag, der auf die dem gutgläubigen Erwerber vorangehende Last entfällt, zur Deckung der Vorbelastung zu verwenden, aber nicht gerade zur Befriedigung desjenigen Berechtigten, dessen Recht bei dem gutgläubigen Erwerbe bekannt war, sondern zur Befriedigung der außer dem gutgläubigen Erwerber vorhandenen Berechtigten nach der Rangordnung, die unter ihnen ohne Rücksicht auf das Dazwischentreten des gutgläubigen Erwerbers besteht.

4. **Die Beweislast** trifft den Gegner des gutgläubigen Erwerbers.

5. **Zur Zeit des Erwerbs des Pfandrechts,** d. h. im Zeitpunkte des Eintritts derjenigen Tatsache, mit der der Erwerb vollendet war, vgl. § 1207 A 3, 5.

6. **In Ansehung des Rechtes,** d. h. nicht nur in Ansehung des Bestandes, sondern auch in Ansehung des Inhalts und des Umfangs des Rechtes. Wenn auch der Regelfall der ist, daß der gutgläubige Erwerber überhaupt den Bestand des Rechtes nicht kennt, so sind doch Fälle denkbar, in denen der Irrtum des Erwerbers sich lediglich auf Inhalt und Umfang des vorgehenden Rechtes bezieht, und es ist kein hinreichender Grund, in diesen Fällen den Schutz des § 1208 zu versagen. Der Umstand, daß so eine Spaltung des älteren dinglichen Rechtes in zwei Teile eintreten kann, von denen der eine dem gutgläubig erworbenen Pfandrechte vorgeht, der andere ihm nachgeht, ist nicht von wesentlichem Belange, da es sich doch nur um Berechnungen für die Verteilung des Erlöses handelt. Die Gewährung des Schutzes des § 1208 in diesem Falle bedeutet aber auch keine Erschwerung der Beweislast für den Inhaber des verkannten Rechtes. Denn ihm kommt für den Beweis der groben Fahrlässigkeit des Erwerbers die Erwägung zu Hilfe, daß die Kenntnis vom Bestehen eines älteren Rechtes den Pfandrechtserwerber zu gewissenhafter Nachforschung nach dessen Inhalt und Umfang verpflichtet, wenn er sich auf entschuldbaren Irrtum hierüber berufen will (vgl. auch Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 1909 S. 88, 89).

7. **In gutem Glauben,** vgl. A 1 Satz 3 und § 932 A 1, 4.

8. **Einschränkungen des Schutzes des gutgläubigen Erwerbs.** Vgl. die Anmerkungen zu § 932 Abs 1 Satz 2, § 935 u. § 936 Abs 3.

9. **Auf das Pfändungspfandrecht** findet § 1208 aus denselben Gründen keine Anwendung wie § 1207 (vgl. § 1207 A 2). Wegen der gesetzlichen Pfandrechte vgl. § 1257.

§ 1209

[1]) Für den Rang des Pfandrechts ist die Zeit der Bestellung auch dann maßgebend, wenn es für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt ist[2]) [3]) [4]).

E I 1151 II 1180; M 3 805, 806; P 3 451, 452.

1. **Rangverhältnis im allgemeinen.** Das Gesetz gibt keine Grund- und Hauptregel für den Rang der Pfandrechte, sondern setzt eine solche dahin, daß für den Rang die Zeit der Bestellung maßgebend ist, nur voraus und läßt sie hier bei der Frage des Pfandrechts für künftige und betagte Forderungen durchscheinen. Die vorausgesetzte Regel des Ranges nach der Bestellungszeit besteht allgemein für alle Rechte an der Sache, soweit nicht besondere Vorschriften anders bestimmen, ist also nicht nur für den Rang der Pfandrechte untereinander, sondern auch für das Rangverhältnis zwischen Pfandrechten und andern Rechten an der Sache maßgebend. Über einen Fall, in welchem dieselben Sachen als in ein Grundstück eingebrachte dem Verpächterpfandrecht und als Zubehör eines andern Grundstücks dem Hypothekenrecht unterlagen,

vgl. OLG 27, 153. Der Vorrang des älteren Verpächterpfandrechts ist mit Recht anerkannt. Streitig ist, ob die gesetzliche Rangordnungsregel die Beteiligten unbedingt bindet oder ob und inwieweit den Beteiligten freigegeben ist, Abweichungen bei der Bestellung der Pfandrechte oder nachträglich zu bestimmen. Die überwiegende Meinung geht dahin, daß die Regeln über das Rangverhältnis der dinglichen Rechte an beweglichen Sachen streng bindend sind und der Parteivereinbarung keinen Spielraum gewähren. Durch Aufheben und Neubegründen des vorgehenden Rechtes kann unter Umständen die gewünschte Rangänderung herbeigeführt werden. Mehrere Pfandgläubiger können den Rang ihrer Rechte durch Vertrag, wenn auch nicht mit dinglicher, so doch mit schuldrechtlicher Wirkung ändern. Eine Ausnahme von der obigen Regel wird man indessen zulassen müssen. Gleichzeitig bestellte Pfandrechte müßten danach stets den gleichen Rang haben. Man wird dem Verpfänder aber gestatten müssen, bei einer solchen gleichzeitigen Bestellung dem einen Pfandrechte den Vorrang vor dem andern zu gewähren. Denn es geht nicht an, lediglich wegen der äußerlichen Reinhaltung des Grundsatzes den Verpfänder zur zeitlich getrennten Bestellung der Pfandrechte zu zwingen. Ansprüche aus Rechten von gleichem Range werden nach dem Verhältnis ihrer Beträge befriedigt (vgl. § 10 ZVG).

2. **Rang des Pfandrechts für eine künftige oder eine bedingte Forderung** (vgl. § 1204 A 10). Dem Standpunkte des Gesetzes, „Pfandrechte" für künftige (auch aufschiebend betagte) und (aufschiebend) bedingte Forderungen schon während des Schwebezustandes als wirkliche und bestehende Pfandrechte zu behandeln, ebenso aber dem Grundsatze des § 161 entspricht es, auch für den Rang eines solchen Pfandrechts den Zeitpunkt der Bestellung und nicht den der späteren Entstehung oder des Fälligwerdens der Forderung oder des Eintritts der Bedingung maßgebend sein zu lassen. Gegenteilige Vereinbarungen sind unzulässig (vgl. A 1). Ist darum ein Pfandrecht für eine künftige Forderung bestellt und wird vor dem Entstehen dieser Forderung für eine andere schon bestehende Forderung ein Pfandrecht durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Pfandbesitzer bestellt, so geht dies letztere Pfandrecht dem zuerst bestellten für die später entstehende Forderung nach (RG Warn 1912 Nr 383).

3. **Aufschiebend bedingte und betagte Pfandrechte.** Ist nicht die Forderung, sondern das Pfandrecht bedingt oder betagt, so kann allerdings § 1209 unmittelbar keine Anwendung finden. Es ist denn auch Streit darüber, ob für den Rang derartiger Pfandrechte die Zeit der Bestellung oder die Zeit maßgebend ist, in der die Bedingung eingetreten, der bestimmte Anfangstermin gekommen ist. (Für ersteres Cosack, Kretzschmar, Emmerich; für letzteres Staudinger, Biermann, Neumann, Stobbe-Lehmann.) Der Grundsatz, daß die Beteiligten über die Rangordnung nicht verfügen und auf dem Gebiete des Pfandrechts an beweglichen Sachen Rangvorbehalte nicht schaffen können (vgl. A 1) und die Bestimmung im § 161 führen allerdings auf die Annahme hin, daß das Rangverhältnis aufschiebend bedingter und betagter Pfandrechte nicht anders zu beurteilen ist als das der Pfandrechte für aufschiebend bedingte und betagte Forderungen.

4. **Ausnahmen von der allgemeinen Regel des Ranges nach der Zeitfolge der Pfandrechtsbestellungen** ergeben sich aus § 1208 für die Fälle des Erwerbs eines Pfandrechts im guten Glauben an das Nichtbestehen älterer Rechte, und aus § 443 des HGB für die Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters, Frachtführers.

§ 1210

[1]) Das Pfand haftet für die Forderung in deren jeweiligem Bestand [2]), insbesondere auch für Zinsen und Vertragsstrafen [3]). Ist der persönliche Schuldner nicht der Eigentümer des Pfandes, so wird durch ein Rechtsgeschäft, das der Schuldner nach der Verpfändung vornimmt, die Haftung nicht erweitert [4]).

Das Pfand haftet für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen, für die dem Pfandgläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung [5]) sowie für die Kosten des Pfandverkaufs.

E I 1148, 1149 II 1120; M 3 803, 804; P 3 445—449; 4 606, 607.

1. Der **Umfang der Haftung des Pfandes für die Forderung** bestimmt sich zunächst durch die Vereinbarung bei der Pfandbestellung. Die Haftung kann von vornherein weiter bestimmt, aber auch enger beschränkt und insbesondere auch durch einen Höchstbetrag begrenzt sein. Ist eine Vereinbarung über die Haftung nicht getroffen, so sind die Vorschriften des § 1210 (als nachgiebiges Recht) anzuwenden (M 3, 803).

2. Forderung im jeweiligen Bestande, d. h. in demjenigen Bestande, der sich aus der natürlichen Entwicklung der Forderung: Verminderung durch Zahlungen, Vermehrung durch Rückständigwerden von Zinsen, Verfall von Vertragsstrafen, sonstige Veränderungen durch vertragliches Verschulden u. dgl., in jedem Augenblick ergibt. Eingeschlossen ist aber — sofern nicht Verpfändung für fremde Schuld vorliegt — auch die Erweiterung der Forderung durch spätere Rechtsgeschäfte, wenn diese Erweiterung nur im Rahmen der bisherigen Forderung erfolgt und nicht eine neue selbständige Forderung schafft. Auf die rechtsgeschäftliche Erweiterung der Forderung innerhalb dieses Rahmens erstreckt sich selbst dann die Haftung des Pfandes, wenn vor der Erweiterung andere Rechte an der Sache entstanden sind. Diesen kann auch nicht der Vorrang vor den späteren Erweiterungen gewahrt werden, weil die Haftung für diese Erweiterungen schon von Anfang an als Haftung für künftige Erweiterungen bestand. Ihr Rang bestimmt sich deshalb nach der Zeit der Bestellung des Pfandrechts für die ursprüngliche Forderung.

3. Zinsen, auch gesetzliche, insbesondere Verzugszinsen, Vertragsstrafen, statt oder neben der Erfüllung. Den Schlußpunkt, bis zu welchem Zinsen berechnet werden dürfen, bildet die Zeit der Pfandverwertung.

4. Beschränkung der Haftung, wenn der persönliche Schuldner nicht Eigentümer des Pfandes ist. Der Satz, daß die Haftung des Pfandes nicht erweitert wird, wenn der Schuldner die Forderung durch ein Rechtsgeschäft erweitert, das er nach der Verpfändung vornimmt, zeigt deutlich, daß als Voraussetzung der Beschränkung der Haftung vom Gesetze die Verpfändung für eine fremde Schuld gedacht ist. Der Gedankengang ist also der: Verpfändet man eine Sache für eigene Schuld, so ist mangels anderer Vereinbarung anzunehmen, daß man für den Fall der Erweiterung der Schuld auch die Erweiterung des Pfandes vereinbart haben will, verpfändet man aber eine Sache für fremde Schuld, so tritt die Erweiterung der Haftung nur ein, wenn sie besonders vereinbart ist. Von diesem Gesichtspunkt aus muß angenommen werden, daß Satz 2 auf den Fall des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs vom Schuldner als vermeintlichem Eigentümer keine Anwendung zu finden hat. Denn infolge des Schutzes des guten Glaubens muß der Pfandgläubiger so behandelt werden, als wenn er vom Schuldner als wirklichem Eigentümer Pfandrecht erhalten hätte, also erweiterbares Pfandrecht. Ebenso kann dem Pfandgläubiger die von vornherein begründete Erweiterbarkeit des Pfandrechts nicht dadurch entzogen werden, daß der Schuldner das Eigentum der Pfandsache, das er bei der Pfandbestellung besaß, später einem Dritten überträgt. Anderseits wird das von einem dritten Verpfänder für fremde Schuld und darum als unerweiterbar bestellte Pfandrecht nicht dadurch von selbst zum erweiterbaren, daß der Drittverpfänder die Pfandsache an den Schuldner veräußert.

5. Kosten der Rechtsverfolgung, auch die Kosten der gegen den Schuldner persönlich gerichteten Rechtsverfolgung.

§ 1211

Der Verpfänder[1]) kann dem Pfandgläubiger gegenüber[2]) die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung[3]) sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden[4]) geltend machen[5]). Stirbt der persönliche Schuldner, so kann sich der Verpfänder nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Schuld nur beschränkt haftet.

Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß dieser auf sie verzichtet.

E I 1149, 1160 II 1119; M 3 804, 814, 815; P 3 445—449, 460, 461.

1. Der Verpfänder, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist. Eigentümer braucht der Verpfänder nicht zu sein, um die Rechte des § 1211 zu genießen. Dem Eigentümer, der weder Verpfänder noch persönlicher Schuldner ist, müssen aber die gleichen Rechte zugestanden werden wie dem Verpfänder (RG JW 1912, 749[13]).

2. Dem Pfandgläubiger gegenüber, d. h. dem Anspruche des Pfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Pfande gegenüber, zutreffendenfalls im Wege einer besonderen Klage, ähnlich der aus § 767 ZPO.

3. Die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden. Nur die gegen die Forderung zustehenden Einreden sind dem Verpfänder gegeben, nicht auch sonstige, wie die in Satz 2 erwähnte, die Einrede aus dem Aufgebote der Nachlaßgläubiger und die konkursrechtlichen Einreden. Die Verjährungseinrede, obwohl gegen die Forderung zustehend, ist dem Verpfänder zufolge § 223 Abs 1 unzugänglich. Die Ansprüche des Schuldners auf Herabsetzung der Leistung (§§ 343, 655) können auch durch Einrede verfolgt werden (RG JW 03 Beil 96). Als Einreden richten sie sich gegen die Forderung, auch sie sind daher dem

Verpfänder gegeben. Der jenen Bestimmungen zugrunde liegende gesetzgeberische Gedanke spricht nicht dagegen.

4. Die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden, nämlich die Einrede, daß der persönliche Schuldner das der Forderung zugrunde liegende Rechtsgeschäft noch anfechten könne, und die Einrede, daß der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des persönlichen Schuldners befriedigen könne. Vgl. § 770 A 1, 2, 3, wobei jedoch zu beachten, daß der Verpfänder nach § 1211 Abs 2 die Einrede durch den Verzicht des persönlichen Schuldners nicht verliert. Mit einer Forderung des Schuldners gegen den Pfandgläubiger kann der Verpfänder oder Pfandeigentümer, wenn er nicht der Schuldner ist, nicht aufrechnen (**RG** JW 1912, 749[13]).

5. § 1211 erweitert die Rechte des Verpfänders. Die ihm selbst zustehenden Einreden, mögen sie sich gegen den Bestand des Pfandrechts richten, mögen sie auf einem besonderen Rechtsverhältnis zum Pfandgläubiger beruhen, sind ihm durch § 1211 nicht abgesprochen.

§ 1212

[1]) **Das Pfandrecht erstreckt sich auf die Erzeugnisse, die von dem Pfande getrennt werden**[2])[3])[4])[5]).

E I 1150 II 1121 M 3 805; P 3 449—451.

1. Forthaftung der Bestandteile, insbesondere der Erzeugnisse der Pfandsache nach der Trennung. Da wesentliche Bestandteile, solange sie nicht getrennt sind, nach § 93 die rechtliche Lage der Sache teilen, erstreckt sich das Pfandrecht an einer beweglichen Sache ohne weiteres auf deren ungetrennte wesentliche Bestandteile. Die Folge der Trennung und des Selbständigwerdens der Bestandteile ist, soweit nicht besondere Bestimmungen bestehen, die, daß die Rechtsverhältnisse, denen die Sache bis dahin als Bestandteil unterlag, nun für sie als selbständige Sache fortdauern. Besondere Bestimmungen sind für das Eigentum im Falle der Trennung der Bestandteile in den §§ 954ff. gegeben, für das Pfandrecht dagegen nicht. Das Pfandrecht besteht also nicht nur an den Erzeugnissen der Sache, sondern auch an allen bis zur Trennung zu ihr gehörenden wesentlichen Bestandteilen der Pfandsache vom Augenblick der Trennung ab als an einer selbständigen Sache fort. Der durch die Trennung etwa eintretende Eigentumswechsel ist auf den Bestand des Pfandrechts ohne Einfluß. Durch Rechtsgeschäft und mit dinglicher Wirkung kann die gesetzliche Regel nicht aufgehoben werden. Der Pfandgläubiger kann sich aber schuldrechtlich zur Freigabe verpflichten.

2. Erzeugnisse, die von dem Pfande getrennt werden, sind von der in A 1 besprochenen allgemeinen Regel nicht ausgenommen. Nur dies ist der Sinn des § 1212. Früchte der Sache, die nicht Erzeugnisse sind, also insbesondere Erträge, welche eine Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt (§ 99 Abs 3) sind nicht Bestandteile der Sache. Auf sie erstreckt sich daher, abgesehen von besonderer Vereinbarung, das Pfandrecht nicht.

3. Zubehör ist nicht Bestandteil. Das Pfandrecht erstreckt sich darauf nur insoweit, als die Zubehörstücke bei der Pfandbestellung mit übergeben wurden. Dafür, daß bei der Übernahme einer Verpflichtung zur Bestellung eines Pfandes die Absicht der Beteiligten auch auf Verpflichtung zur Verpfändung des Zubehörs der Pfandsache ging, spricht nach § 314 die Vermutung.

4. Ein dinglicher Ersatz (eine Surrogation) der Pfandsache tritt von Gesetzes wegen nur insoweit ein, als bestimmt ist, daß der Erlös aus dem Pfande in den Fällen der §§ 1219 u. 1247 an die Stelle des Pfandes tritt. Der Pfandgläubiger, bei dem die Pfandsache durch Verschulden eines Dritten zerstört wurde, hat also nicht etwa an Stelle des Pfandrechts an der Sache nun ein Pfandrecht an dem Ersatzanspruche des Eigentümers gegen den Zerstörer oder an der Entschädigung, die der Beschädiger dem Eigentümer geleistet hat. Er hat auch keinen — etwa dem § 281 entsprechenden — Anspruch auf Einräumung eines Pfandrechts an dem Ersatzanspruch oder dem als Ersatz Empfangenen, denn die Rechtsregel des dinglichen Ersatzes ist nicht allgemein gültig, ihre Wirkungen und ihr Umfang sind nach den einzelnen, sie betreffenden Bestimmungen zu bemessen (**RG** 94, 22). Ebenso hat der Pfandgläubiger kein Ersatzpfandrecht an dem Versicherungsanspruche, der aus der Zerstörung der Sache gegen einen dritten Versicherer entstanden ist, ohne Rücksicht darauf, wer die Versicherung genommen hat. Im Vereinbarungswege können Ersatzpfandrechte geschaffen werden; sie entstehen, wenn die besonderen Voraussetzungen für ihre Bestellung erfüllt sind. Geschützt wird der Pfandgläubiger durch § 823 Abs 1 und durch die Möglichkeit, selbst die Sache zu versichern.

5. Eine Ausnahme von der Erstreckung des Pfandrechts auf die Erzeugnisse ergibt sich im Falle des Nutzungspfandes (§ 1213).

§ 1213

[1]) Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen[2]) des Pfandes zu ziehen[3])[4]).

Ist eine von Natur fruchttragende Sache dem Pfandgläubiger zum Alleinbesitz übergeben[5]), so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Pfandgläubiger zum Fruchtbezuge berechtigt sein soll.

E I 1154 II 1122; M 3 807—809; P 3 452, 453.

1. **Nutzungspfand.** Das Gesetz läßt das Nutzungspfand als Art der Verpfändung nur an beweglichen Sachen, Rechten und Forderungen zu, nicht an Grundstücken (M 3, 630). Ein unter der Herrschaft des ALR begründetes Nutzungspfand an Grundstücken ist nach dem Inkrafttreten des BGB weggefallen, wenn es mit einer Hypothek verbunden war (**RG** 47, 56). Das Recht des Nutzungspfandgläubigers, die Nutzungen zu ziehen, ist Ausfluß des Pfandrechts. Nach dem Wortlaute des Gesetzes kann durch die Bestellung des Nutzungspfandes die Berechtigung geschaffen werden, die Nutzungen, also die Gesamtheit aller Nutzungen der Pfandsache zu ziehen. Hiernach ist fraglich, ob die Bestellung des Nutzungspfandes in der Art möglich ist, daß einzelne Nutzungen von der Berechtigung ausgeschlossen werden oder die Berechtigung nur auf einzelne Nutzungen erstreckt wird. Man wird bezweifeln müssen, daß es im Willen des Gesetzes liegt, dem Verpfänder nur die Einräumung der Berechtigung zur Ziehung aller Nutzungen zu gestatten und daß dies in den Gesetzesworten einwandfrei zum Ausdrucke gekommen ist. Jedenfalls aber wird man aus § 1030 Abs 2 mangels jeden Grundes für eine abweichende Regelung und mangels jeden Anhaltspunkts für eine gegenteilige Absicht schließen müssen, daß das Gesetz den Ausschluß einzelner Nutzungen, wenn schon beim Nießbrauch, dann um so mehr beim Nutzungspfande gestattet. Man wird ferner anzunehmen haben, daß durch Vereinbarung der Beteiligten die Nutzungsberechtigung auch nach der Bestellung des Pfandes eingeräumt und dadurch das gewöhnliche Pfandrecht in ein Nutzungspfandrecht umgewandelt werden kann. Auch die Rückumwandlung durch Vereinbarung der Aufhebung der Nutzungsberechtigung wird man zuzulassen haben.

2. **Der Begriff der Nutzung** ergibt sich aus § 100.

3. **Umfang der Nutzungsberechtigung.** Soweit nicht anders vereinbart (vgl. A 1), gebühren dem Bezugsberechtigten alle Nutzungen, aber nur bis zum Erlöschen seiner Bezugsberechtigung und jedenfalls nicht länger als bis zum Erlöschen des Pfandrechts. Für die Berechtigung zum Bezuge der Früchte ist § 101 anzuwenden.

4. **Folgen der Nutzungsberechtigung.** Der Pfandgläubiger hat auf Grund des Nutzungspfandrechts die Befugnis, die Erzeugnisse der Pfandsache sich anzueignen; er erwirbt daran also mit der Trennung Eigentum (§ 954). Pfandrecht entsteht deshalb für ihn an den Erzeugnissen nicht. An den Erträgen, welche die Pfandsache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt, erhält der Bezugsberechtigte Eigentum erst durch die Übereignung der Leistung.

5. **Alleinbesitz.** Nutzungspfandrecht kann auch bei Pfandbestellung durch Überlassung des Mitbesitzes begründet werden, doch greift dann die Auslegungsregel des Abs 2 nicht Platz. Das „Übergeben" zum Alleinbesitz ist nicht allzu wörtlich zu nehmen. Die Auslegungsregel gilt auch bei einer Pfandbestellung nach § 1205 Abs 1 Satz 2 und nach § 1205 Abs 2, wenn der Pfandgläubiger nachträglich alleiniger unmittelbarer Besitzer der Sache geworden ist. Anderseits ist die Herausgabe zum Zwecke des Verkaufs im Sinne des § 1231 kein Übergeben zum Alleinbesitz.

§ 1214

[1]) Steht dem Pfandgläubiger das Recht zu, die Nutzungen zu ziehen, so ist er verpflichtet, für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen[2]) und Rechenschaft abzulegen[3]).

Der Reinertrag der Nutzungen wird auf die geschuldete Leistung und, wenn Kosten und Zinsen zu entrichten sind, zunächst auf diese angerechnet[4]).

Abweichende Bestimmungen sind zulässig[5]).

E I 1154 II 1123; M 3 808, 809; P 3 452, 453.

1. **Pflicht zur Sorge für die Gewinnung der Nutzungen.** Der Pfandgläubiger hat für die Gewinnung der Nutzungen so zu sorgen, wie es den Umständen und einer sorgsamen ordnungsmäßigen Geschäftsführung entspricht. Die hierzu nötigen Verwendungen hat er zu machen, zu außergewöhnlichen Maßregeln ist er nicht verpflichtet. Eine übermäßige Nutzung, die der Sache schädlich ist, macht ihn ebenso haftbar wie Nachlässigkeit bei der Nutzung.

2. Rechenschaftspflicht. Die Gewinnung der Nutzungen ist für den Pfandgläubiger zugleich eigene und fremde Angelegenheit. Daher seine Rechenschaftspflicht (RG 73, 288). Die Rechenschaft ist nach § 259 abzulegen. Wann und wie oft sie abzulegen ist, bestimmt sich, wenn eine Vereinbarung darüber nicht stattgefunden hat, nach billigem Ermessen. Unnötig und zur Unzeit kann die Ablegung nicht verlangt werden. Mit dieser Beschränkung ist es richtig, daß jederzeit Rechenschaft verlangt werden kann. Der Offenbarungseid kann nur unter den Voraussetzungen des § 259 Abs 2, 3 verlangt werden.

3. Reinertrag ist der Betrag, der sich aus der Verwertung der Nutzung nach Abzug der auf die Gewinnung und Verwertung erwachsenen Kosten ergibt, und, wenn der Nutzungsberechtigte gezogene Früchte nicht verwertet, sondern für sich selbst behalten hat, der Betrag, der sich ergibt, wenn die Kosten der Gewinnung von dem Verkaufswert abgezogen werden.

4. Art der Anrechnung. Aus der Fassung: „wird angerechnet" ergibt sich, daß nicht nur eine Verpflichtung besteht, den Reinertrag in dieser Art zu verrechnen, sondern daß vielmehr die Anrechnung von Gesetzes wegen statthat. Auch ohne Verrechnung gelten ohne weiteres die Zinsen, die Kostenforderung und die Hauptforderung als bezahlt und erloschen, insoweit sie nach Maßgabe des Abs 2 durch den Reinertrag ausgeglichen sind. Die K o s t e n, von denen hier die Rede ist, sind die a u f d i e F o r d e r u n g e r w a c h s e n e n Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung (§ 1210). Sie haben bei der Anrechnung des Reinertrags den Zinsen vorzugehen (vgl. § 367 Abs 1).

5. Abweichende Bestimmungen, insbesondere dahin, daß durch die Nutzungen die Zinsen abgegolten sein sollen; in diesem Falle wird zumeist eine Verpflichtung zur Sorge für die Gewinnung der Nutzungen und eine Rechenschaftspflicht nicht bestehen. Es sind aber auch anderweitige Bestimmungen über die Verrechnung möglich. Abweichende Bestimmungen können sich endlich daraus ergeben, daß im Falle der Pfandbestellung durch Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes ein Pfandhalter aufgestellt ist, dem die Gewinnung der Nutzungen und die Abführung des Reinertrags an den Pfandgläubiger obliegt.

§ 1215

Der Pfandgläubiger ist zur Verwahrung des Pfandes verpflichtet[1][2][3].

E I 1156 II 1124; M 3 810, 811; P 3 454, 455.

1. Voraussetzung der Verwahrungspflicht ist, daß der Pfandgläubiger — oder ein Dritter für ihn — den alleinigen unmittelbaren Besitz des Pfandes erlangt hat. Ist das Pfandrecht nur durch Einräumung des Mitbesitzes oder durch Einräumung des mittelbaren Besitzes bestellt, so besteht keine Verwahrungspflicht. Sie entsteht aber, wenn sie bei der Bestellung des Pfandes noch nicht bestanden haben sollte, in dem Augenblick, in dem der Pfandgläubiger zur Ausübung seines Pfandrechts den unmittelbaren Alleinbesitz erlangt. Bei gesetzlichen Pfandrechten, auf die § 1215 entsprechend Anwendung findet, hat der Pfandgläubiger keine Verwahrungspflicht, wenn er nicht ausnahmsweise das Pfand zur Ausübung seines Rechtes im Gewahrsam hat. Er hat sie insbesondere dann nicht, wenn das gesetzliche Pfandrecht an Sachen besteht, die sich im unmittelbaren Besitze des Schuldners befinden. Der Schuldner kann nicht verlangen, daß der Gläubiger die Verwahrung übernimmt. Die Pflicht zur Verwahrung des Pfändungspfandes bei der Zwangsvollstreckung ist öffentlichrechtliche Amtspflicht des Gerichtsvollziehers, eine Verwahrungspflicht des Pfändungspfandgläubigers kommt dabei nicht in Frage (RG SeuffBl 07, 107; RG 18. 10. 12 VII 219/12).

2. Inhalt der Verwahrungspflicht. Ob die Verpflichtung zur Verwahrung des Pfandes wirklich darauf beruht, „daß das Gesetz in dem Pfandbestellungsvertrage zugleich einen für die Dauer des Pfandrechts geschlossenen Verwahrungsvertrag findet" (Planck), kann dahingestellt bleiben. Von einer u n m i t t e l b a r e n Anwendung der Vorschriften über den Verwahrungsvertrag (§§ 688ff.) ist jedenfalls nicht die Rede. Nur eine e n t s p r e c h e n d e Anwendung der §§ 688ff. kommt in Frage, und diese ist der Hauptsache nach nicht streitig. Bei der Frage der entsprechenden Anwendung der Einzelvorschriften wird aber ein wesentlicher Unterschied im Auge zu behalten sein. Der Verpfänder übergibt die Pfandsache dem Pfandgläubiger nicht deshalb, weil er ihn im Vertrauen auf seine Befähigung zum Verwahrungsgeschäft als Verwahrer ausersehen hat — wie dies bei § 688 der Fall ist —, sondern er übergibt dem Pfandgläubiger die Pfandsache, weil dies zur Bestellung des Pfandes notwendig ist. Der Pfandgläubiger anderseits verwahrt die Pfandsache nicht nur zum Nutzen des Verpfänders, sondern ebenso zum eigenen. Unter diesen Umständen geht es weder an, die Haftung des Pfandgläubigers nach § 690 zu beschränken, denn es handelt sich um keine bloße Gefälligkeit, noch darf die Auslegungsregel, daß der Verwahrer im Zweifel nicht berechtigt ist, die hinterlegte Sache bei einem Dritten zu hinterlegen (§ 691 Satz 1), auf die Verwahrungspflicht des Pfandgläubigers angewendet werden. Denn jene Auslegungsregel gründet sich gerade auf den bei der Verpfändung durchaus zurücktretenden Gedanken, daß die Hinterlegung auf einem

dem Verwahrer als solchem geschenkten besonderen Vertrauen beruht (M 2, 574). Der entsprechenden Anwendung des übrigen Inhalts des § 691 sowie der entsprechenden Anwendung der §§ 692, 693, 694 steht dagegen ein Hindernis nicht im Wege. Die Verwahrungspflicht umfaßt nur unter besonderen Umständen auch die Erhaltungspflicht. Wer Aktien als Pfand erhalten hat, überkommt damit keine Verpflichtung, für den inneren Wert der verpfändeten Aktien Sorge zu tragen. Das gilt auch von der Aktiengesellschaft, der eigene Aktien verpfändet sind (RG 77, 13f.). Wer aber ein Tier als Pfand fern vom Verpfänder für längere Zeit im eigenen Gewahrsam hat, darf es nicht aus Mangel an Nahrung umkommen lassen. Er wird in diesem Falle nach der zu vermutenden Absicht der Beteiligten bei der Pfandbestellung für die Fütterung zu sorgen haben. Eine Pflicht des Pfandgläubigers, die verpfändete Sache gegen Beschädigung und Verlust zu versichern, kann für den Regelfall nicht anerkannt werden.

3. **Die Dauer der Verwahrungspflicht** kann sich über die Zeit des Bestehens des Pfandrechts hinaus erstrecken, nämlich nach dem Erlöschen des Pfandrechts bis zur Zurückgabe des Pfandes.

§ 1216

[1]) Macht der Pfandgläubiger Verwendungen auf das Pfand, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Verpfänders nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Pfandgläubiger ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er das Pfand versehen hat, wegzunehmen[2]).

E I 1159 II 1125; M 3 813, 814; P 3 459, 460.

1. **Ersatzansprüche wegen Verwendungen auf das Pfand.** Die Vorschrift betrifft nur die freiwilligen Verwendungen des Pfandgläubigers auf das Pfand. Haben Vereinbarungen über die Vornahme und den Ersatz von Verwendungen auf das Pfand zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger stattgefunden, so bemißt sich die Ersatzpflicht nach diesen. Die nach § 1214 vom Pfandgläubiger zu machenden Aufwendungen zur Gewinnung der Nutzungen aber sind nicht Verwendungen „auf das Pfand" und gehören schon deshalb nicht hierher. Die übrigen, hiernach freiwilligen Verwendungen auf das Pfand wären unmittelbar unter die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu stellen, wenn sie lediglich der auftragslosen Besorgung eines Geschäfts des Pfandgläubigers gelten würden. Das ist aber nicht die Regel. In der Regel verfolgt der Pfandgläubiger mit den Verwendungen zur Erhaltung der Sache neben dem Nutzen des Verpfänders und noch vor ihm seinen eigenen Nutzen. Damit gerät in Frage, ob auf den Ersatz dieser Verwendungen die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung zu finden haben. § 1216 unterstellt sie ausdrücklich diesen Vorschriften. Man hat davon auszugehen, daß der Pfandgläubiger, wenn im übrigen die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag bei den Verwendungen vorliegen, nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen kann, gleichviel, ob er zu den Verwendungen durch die Rücksicht auf seinen eigenen Nutzen oder das Beste des Verpfänders bestimmt worden ist (RG 6. 2. 08 VI 205/07). Der Pfandgläubiger kann also stets gleich einem Beauftragten Ersatz verlangen, wenn nur die Verwendung dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen und dem Besten des Verpfänders entsprach (vgl. hierzu § 683). Hat der Verpfänder bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und Überlastung des Pfandes von dessen Erhaltung keinen Nutzen, so können gegen ihn auch Ersatzansprüche wegen Verwendungen nicht erhoben werden. Für die hiernach bestehenden Ansprüche gegen den Verpfänder auf Ersatz von Verwendungen haftet das Pfand nach § 1210 Abs 2. Ist der Verpfänder nicht der Eigentümer des Pfandes und ist das Pfand nicht an den Verpfänder, sondern an den Eigentümer herauszugeben, so kann von diesem der Pfandgläubiger als herausgabepflichtiger Besitzer Ersatz der Verwendungen nach den Bestimmungen der §§ 994ff. verlangen (Prot 3, 460).

2. **Wegnahme von Einrichtungen** vgl. § 258 und die Anmerkungen dazu.

§ 1217

[1]) Verletzt der Pfandgläubiger die Rechte des Verpfänders[2]) in erheblichem Maße[3]) und setzt er das verletzende Verhalten ungeachtet einer Abmahnung des Verpfänders fort[4]), so kann der Verpfänder verlangen, daß das Pfand auf Kosten des Pfandgläubigers hinterlegt[5]) oder, wenn es sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird[6]).

Statt der Hinterlegung oder der Ablieferung der Sache[7]) an einen Verwahrer kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Gläubigers verlangen.[8]) Ist die Forderung unverzinslich und noch nicht fällig, so gebührt dem Pfandgläubiger nur die Summe, welche mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit dem Betrage der Forderung gleichkommt[9])[10])[11]).

E I 1156 II 1126; M 3 811; P 3 454—457; 4 599.

1. **Besondere Befugnisse des Verpfänders bei Verletzung seiner Rechte durch den Pfandgläubiger.** Mißbraucht der Pfandgläubiger seine Besitzerstellung zu erheblicher und hartnäckiger Verletzung der Rechte des Verpfänders, so mutet das Gesetz diesem nicht zu, den Pfandgläubiger im unmittelbaren Besitze zu belassen. Es schützt ihn vielmehr durch Einräumung des Anspruchs auf Herausgabe des Pfandes an einen Dritten (Hinterlegungsstelle oder Verwahrer), sowie durch Gewährung des Rechtes auf vorzeitige Einlösung. Der Verpfänder hat die Wahl zwischen beiden Behelfen.

2. Die **Verletzung der Rechte des Verpfänders** wird in der Regel in der Nichterfüllung der Verbindlichkeiten liegen, die dem Pfandgläubiger aus dem Pfandvertrage nach dem Gesetz oder der besonderen Vereinbarung erwachsen sind, sie kann aber auch in der Anmaßung nicht zukommender Befugnisse bestehen. Solche Verletzungen sind beispielsweise: die Verletzung der Verwahrungspflicht (§ 1215), die Vernachlässigung der übernommenen Pflege der verpfändeten Tiere, die Anmaßung nicht zustehender Benutzung und Nutzung, die Verabsäumung der Pflicht, für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen (§ 1214).

3. **In erheblichem Maße:** es genügt nicht eine geringfügige Pflichtverletzung. Die Verletzung darf nach ihrer Schwere zu der Bedeutung des Abhilfemittels nicht im Mißverhältnisse stehen (vgl. § 1054). Zu einer schweren Schädigung braucht sie nicht geführt zu haben.

4. **Hartnäckigkeit der Verletzung.** Eine besondere Form ist für die Abmahnung nicht vorgeschrieben. Die Androhung des Gebrauchs der gegebenen Rechtsbehelfe braucht sie nicht zu enthalten.

5. **Die Hinterlegung** erfolgt bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle entsprechend den Vorschriften in §§ 372ff. Eine etwaige Verurteilung zur Hinterlegung wird nach § 883 ZPO vollstreckt. Die Zurücknahme der hinterlegten Sache ist nur mit Zustimmung des Verpfänders zulässig. Das Pfandrecht des Pfandgläubigers dauert während der Hinterlegung fort. Wenn das Eigentum an der hinterlegten Sache nach Landesgesetz auf den Staat übergeht, verwandelt sich das Pfandrecht an der Sache in ein Pfandrecht an dem Herausgabeanspruch.

6. **Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer** (vgl. FGG § 165). Beim Nutzungspfande obliegt dem Verwahrer auch die Verwaltung, Verwertung, Verrechnung und Herausgabe der Nutzungen.

7. **Statt der Hinterlegung oder Ablieferung:** Die Wahl des einen Weges schließt ein Übergehen zum andern nicht aus. Dem Verpfänder ist insbesondere gestattet, von dem Einlösungsrechte Gebrauch zu machen, wenn der Pfandgläubiger auf die außergerichtliche Aufforderung hin sich zur Hinterlegung oder Herausgabe an einen Verwalter nicht bereit zeigt.

8. **Recht vorzeitiger Einlösung.** Sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist, hat der Verpfänder das Einlösungsrecht ohnehin nach § 1223 Abs 2. § 1217 gibt ihm darüber hinaus das Recht zu früherer Einlösung, und zwar auch dann, wenn die Zeit für die Leistung zugunsten des Gläubigers bestimmt sein sollte (vgl. § 271 Abs 2). Vor etwaigem Schaden wird der Verpfänder durch die — nach § 272 eine Ausnahme darstellende — Befugnis bewahrt, die Zwischenzinsen abzuziehen.

9. **Recht, Zwischenzinsen abzuziehen,** vgl. § 1133 Satz 3 und die Anmerkung dazu.

10. **Dem Eigentümer** der Pfandsache, der nicht Verpfänder ist, stehen die außerordentlichen Befugnisse des § 1217 nicht zu, er ist auf die Rechte aus dem Eigentum, insbesondere nach § 1004 beschränkt, doch steht ihm anderseits § 991 Abs 2 zur Seite.

11. **Über die Rechtsfolgen der Einlösung,** wenn der Verpfänder nicht persönlicher Schuldner ist, vgl. § 1225.

§ 1218

[1]) Ist der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Minderung des Wertes[2]) zu besorgen, so kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes gegen anderweitige Sicherheitsleistung verlangen; die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen[3]).

Der Pfandgläubiger hat dem Verpfänder von dem drohenden Verderb unverzüglich Anzeige zu machen, sofern nicht die Anzeige untunlich ist⁴).

E I 1157 II 1127; M 3 812; P 3 457, 458.

1. Rechte des Verpfänders im Falle der Gefahr des Verderbs oder der Entwertung des Pfandes. Das Gesetz gewährt dem Verpfänder, der durch den Besitz des Pfandgläubigers am eigenen wirksamen Schutze seiner Sache gehindert ist, das Recht, die Pfandsache gegen Ersatz durch anderweitige Sicherheit zurückzuverlangen. In der Befugnis zu diesem Verlangen kann unter Umständen die Befugnis eingeschlossen sein, zu verlangen, daß der Gläubiger die der Gefahr der Entwertung unterliegende Pfandsache, falls sie Markt- oder Börsenpreis hat, verkauft und im Erlös Deckung oder Befriedigung sucht. Dies dem Verpfänder zu verweigern, wäre insbesondere dann, wenn der Kurssturz nicht nur vorübergehend ist und dem Gläubiger im Erlös volle Deckung bevorsteht, so unbillig, daß es nicht als im Sinne des § 1218 gelegen sein kann. So denn auch **RG** 74, 151 unter Hinweis auf § 242. Dem Eigentümer, der nicht Verpfänder ist, steht das Recht aus § 1218 nicht zu.

2. Wesentliche Minderung des Wertes. Während der Verderb ein Unbrauchbarwerden der Sache durch Veränderungen bedingt, die an ihr selbst vorgehen, kann die Wertminderung sowohl auf einer solchen Veränderung beruhen als auch auf äußeren Umständen, die zum Sinken des Preises führen. Hier können insbesondere Wertpapiere in Frage kommen. Die Wertminderung muß wesentlich sein, d. h. sie darf nicht im Verhältnis zum bleibenden Werte der Sache geringfügig sein. Eine Wertminderung, welche die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdet, ist nicht Voraussetzung; seinem Schutz dient § 1219.

3. Ablösung durch anderweitige Sicherheitsleistung. Das Recht der Einlösung durch vorzeitige Befriedigung ist in diesem Falle nicht gegeben. Die Sicherheitsleistung kann mit den im § 232 Abs 1 bezeichneten Mitteln erfolgen und untersteht im übrigen den Vorschriften der §§ 233—238, 240. Hierbei ergibt sich jedoch eine Einschränkung. Dem Verpfänder liegt nur die Pflicht zur anderweitigen Sicherheitsleistung ob, nicht die Pflicht zur Sicherheitsleistung schlechthin. Er hat also nicht unter allen Umständen eine Sicherheit zu leisten, die zur Sicherstellung der Forderung ausreicht, sondern ist jedenfalls zu nicht mehr verpflichtet als zur Leistung einer Sicherheit, die für das zurückzugebende Pfand einen genügenden Ersatz bietet. Der Gläubiger muß also zufrieden sein mit einer Sicherheit, die die Forderung nach den Grundsätzen der §§ 233ff. deckt, kann aber, wenn schon das zurückzugebende Pfand dazu nicht ausreichte, nicht mehr als eine Sicherheit im Sicherungswerte dieses Pfandes verlangen. Dabei ist als Wert des Pfandes der Wert zur Zeit der Rückgabe zugrunde zu legen.

4. Die Anzeigepflicht besteht nur für den Fall des drohenden Verderbs, nicht auch für den der drohenden Wertminderung. Eine innerliche Berechtigung hat das nur dann, wenn die Wertminderung auf einem Sinken der Preise beruht, deren Bewegung zu beobachten der Verpfänder durch den Mangel des Besitzes nicht gehindert ist. Der Wortlaut des Gesetzes gestattet indessen keine erweiternde Auslegung. Die Anzeigepflicht wird aber immer dann bestehen, wenn die an der Sache sich zeigenden oder ihr drohenden Veränderungen für die nächste Zeit nur eine Wertminderung, für später aber den Verderb besorgen lassen.

§ 1219

¹) Wird durch den drohenden Verderb des Pfandes oder durch eine zu besorgende wesentliche Minderung des Wertes die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdet, so kann dieser das Pfand öffentlich versteigern lassen²).

Der Erlös tritt an die Stelle des Pfandes³). Auf Verlangen des Verpfänders ist der Erlös zu hinterlegen⁴).

E I 1157 II 1128; M 3 812; P 3 457—459.

1. Versteigerungsrecht des Pfandgläubigers bei Gefahr des Verderbs oder der Entwertung des Pfandes. Das Recht ist dem Pfandgläubiger nur zu seinem Besten gegeben und an die Voraussetzung geknüpft, daß seine Sicherheit gefährdet ist. Für die Frage, ob eine Gefährdung der Sicherheit des Pfandgläubigers vorliegt, vgl. § 237 Satz 1. Ist das Pfandrecht an mehreren Sachen von ein und demselben Verpfänder bestellt (§ 1222), so ist eine Sicherheitsgefährdung im Sinne des § 1219 nicht gegeben, wenn der Gesamtwert aller Sachen noch genügende Sicherheit bietet. Dagegen sind die außer dem Pfandrechte für die Forderung etwa bestehenden Sicherheiten (Bürgschaften, andere Pfandrechte, Hypotheken) nicht zu berücksichtigen.

2. Öffentliche Versteigerung (vgl. § 383 Abs 3). Über die weiteren Voraussetzungen vgl. § 1220, über die Fälle des Verkaufs aus freier Hand § 1221, über den Schutz des guten Glaubens § 1244.

3. **Erlös tritt an Stelle des Pfandes** nicht nur in Ansehung des Pfandrechts, sondern in Ansehung aller Rechtsverhältnisse, die hinsichtlich des versteigerten Pfandes bestanden.

4. **Die Hinterlegung des Erlöses** (vgl. § 1217 A 5), erfolgt im Gegensatze zu dem Falle des § 1217 auf Kosten des Verpfänders, nicht auf Kosten des Pfandgläubigers. Der Eigentümer, der nicht Verpfänder ist, kann sie nicht verlangen.

§ 1220

Die Versteigerung des Pfandes ist erst zulässig, nachdem sie dem Verpfänder angedroht worden ist; die Androhung darf unterbleiben, wenn das Pfand dem Verderb ausgesetzt und mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist[1] [4]. Im Falle der Wertminderung ist außer der Androhung erforderlich, daß der Pfandgläubiger dem Verpfänder zur Leistung anderweitiger Sicherheit eine angemessene Frist bestimmt hat und diese verstrichen ist[2].

Der Pfandgläubiger hat den Verpfänder von der Versteigerung unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet[3].

Die Androhung, die Fristbestimmung und die Benachrichtigung dürfen unterbleiben, wenn sie untunlich sind[4].

E I 1157 II 1128; M 3 812; P 3, 457—459.

1. **Die Androhung der Versteigerung** (vgl. § 384) ist einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 130). Bei Unterlassung der Androhung ohne rechtfertigenden Grund ist ebenso wie beim Fehlen einer sonstigen Voraussetzung für die Versteigerung nicht nur der Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig, sondern es ist auch die Versteigerung selbst und die sich daranschließende Übertragung des Eigentums an dem Pfande unwirksam, vorbehaltlich der Rechte aus gutgläubigem Erwerbe.

2. **Die Bestimmung einer Frist zur Ablösung durch anderweitige Sicherheit** ist nur vorgeschrieben für den Fall der Wertminderung, nicht für den des Verderbs. Der Verpfänder kann aber auch im letzteren Falle jederzeit auf Grund des § 1218 durch Stellung anderweitiger dort zugelassener Sicherheit die Versteigerung hintanhalten. Eine dem zuwider vorgenommene Versteigerung wäre unzulässig.

3. **Benachrichtigung von der Versteigerung**, d. h. von der bevorstehenden Versteigerung. Zeit und Ort sind mitzuteilen (vgl. § 373 Abs 5 HGB). Der Verpfänder soll mitbieten oder mitbieten lassen können. Die Wirksamkeit der Versteigerung wird durch das Unterbleiben der Benachrichtigung nicht beeinflußt. Eine nachträgliche Benachrichtigung von dem Pfandverkauf und seinem Ergebnis ordnet § 1241 an. Diese Vorschrift gilt auch für die Fälle des vorzeitigen Pfandverkaufs nach §§ 1219, 1220, 1221.

4. **Untunlichkeit der Androhung, Fristbestimmung und Benachrichtigung** sind zu behaupten und zu beweisen vom Pfandgläubiger, ebenso die Gefahr des Aufschubs im Sinne des Abs 1 Satz 1.

§ 1221

[1]) Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis[2]), so kann der Pfandgläubiger den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler[3]) oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person[4]) zum laufenden Preise[2]) bewirken.

P 6 166.

1. **Verkauf aus freier Hand** (vgl. § 385) ist zulässig statt der Versteigerung, die Vorschriften des § 1220 gelten deshalb auch hier.

2. **Ein Börsen- oder Marktpreis** ist dann vorhanden, wenn Sachen von der Art des Pfandes an der Börse oder auf dem Markte so häufig verkauft werden, daß sich Durchschnittspreise bilden (ROHG 9, 129). Dieser Durchschnittspreis am Verkaufstag ist der laufende Preis. In Betracht zu ziehen ist dabei diejenige Börse oder derjenige Markt, der nach den Verkehrsverhältnissen als Börse oder Markt des Verwahrungsorts zu gelten hat. Dort wird auch der Verkauf stattzufinden haben. Damit soll nicht gesagt sein, daß für jeden Verwahrungsort nur eine Börse und nur ein Markt in Frage kommen könnte. Vielmehr kann der Markt- und Börsenort je nach der Art der zu verkaufenden Sache verschieden sein.

3. Ob ein **Handelsmäkler** (HGB § 93) zu Verkäufen solcher Art öffentlich ermächtigt ist, bestimmt sich nach Landesrecht. Die Kursmäkler (§ 30 BörsG) haben die Ermächtigung auf Grund des § 34 BörsG.

4. **Zu öffentlichen Versteigerungen befugte Personen,** nach Reichsrecht die Gerichtsvollzieher (§ 383 Abs 3), im übrigen nach Landesrecht zu beurteilen.

§ 1222

Besteht das Pfandrecht an mehreren Sachen[1]), so haftet jede für die ganze Forderung[2]).

E I 1150 II 1129; M 3 805; P 3 449.

1. **Pfandrecht an mehreren Sachen.** Die Gesetzesvorschrift umfaßt nicht nur den Fall, daß ein und derselbe Verpfänder durch ein und denselben Pfandvertrag mehrere Sachen für ein und dieselbe Forderung verpfändet hat oder daß durch Trennung von Bestandteilen der einheitlichen Pfandsache (Früchte) daraus mehrere Sachen geworden sind; wenn sie auch nach ihrer Entstehungsgeschichte zunächst nur für letzteren Fall bestimmt gewesen zu sein scheint. Sie erstreckt sich vielmehr, wie der Zusammenhang des Gesetzes ersehen läßt, auf alle Fälle, in denen für ein und dieselbe ungeteilte Forderung eine Mehrzahl von Sachen zu Pfand gegeben ist, ohne Rücksicht darauf, ob dies zu gleicher Zeit oder zu verschiedenen Zeiten, ob es von einem und demselben Verpfänder oder von verschiedenen Verpfändern geschehen ist und ohne Rücksicht darauf, ob die verschiedenen Verpfänder von allen Verpfändungen Kenntnis haben. Voraussetzung ist lediglich, daß die Pfandrechte für dieselbe Forderung bestehen. Letzteres ist dann nicht der Fall, wenn eine Sache für die Hauptforderung, eine andere lediglich für die Zinsen und Kosten zu Pfand gegeben ist. Hier handelt es sich im Sinne des § 1222 nicht um das Pfandrecht an mehreren Sachen, sondern um mehrere Pfandrechte.

2. **Haftung jeder Sache für die ganze Forderung.** Eine Verteilung der Haftung auf die mehreren Pfandsachen findet nicht statt. Sie tritt weder von Gesetzes wegen ein, noch kann sie von den Verpfändern erzwungen oder vom Pfandgläubiger einseitig vorgenommen werden, wie es bei der Gesamthypothek nach § 1132 Abs 2 zugelassen ist (**RG** 23. 3. 12 V 468/11). Eigenartig liegt der Fall dann, wenn zur Sicherung von der Höhe nach schwankender oder unbestimmter Forderungen Pfand in Geld bestellt ist und nach Abwicklung der Geschäftsverbindung nur eine Forderung streitig bleibt, die einschließlich aller noch möglichen Nebenforderungen für Zinsen, Kosten usw. niedriger ist als das Geldpfand. Hier wird nach § 242 dem Anspruch des Verpfänders auf Herausgabe des Überschusses stattzugeben sein. Wegen des Rechtes des Pfandgläubigers zur Wahl unter den Pfändern beim Verkauf vgl. § 1230.

Trotz des § 1222 können mehrere verpfändete Sachen in verschiedenem Umfang haften (§ 1210 Abs 1 Satz 2).

§ 1223

Der Pfandgläubiger ist verpflichtet, das Pfand nach dem Erlöschen des Pfandrechts dem Verpfänder zurückzugeben[1])[2]).

Der Verpfänder kann die Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung des Pfandgläubigers verlangen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist[3])[4])[5]).

E I 1156, 1158, 1161 II 1130; M 3 811—813, 815; P 3 454—457, 459, 461.

1. **Die Verpflichtung zur Rückgabe des Pfandes nach Erlöschen des Pfandrechts** liegt dem Pfandgläubiger lediglich gegenüber dem Verpfänder ob. Dem Eigentümer gegenüber, der nicht zugleich Verpfänder ist, erwächst aus § 1223 keine Rückgabeverpflichtung. Ihm ist der Anspruch auf Rückgabe lediglich durch §§ 985 ff. gegeben (**RG** 2. 3. 10 V 210/09). Rückgabe ist Wiedereinräumung des Alleinbesitzes (vgl. § 1205 A 5); beruhte das Pfandrecht auf Mitbesitz des Pfandgläubigers, so ist dessen Aufgabe und Wiedereinsetzung des Verpfänders in den Alleinbesitz nötig; hatte der Pfandgläubiger den Mitverschluß, so hat er den Schlüssel herauszugeben. Ein Zurückbehaltungsrecht hat der Pfandgläubiger nur nach § 273, vgl. aber § 369 HGB.

2. **Das Erlöschen des Pfandrechts** hat im Streitfalle der Verpfänder zu behaupten und zu beweisen (**RG** 15. 1. 06 VI 154/05). Hinsichtlich der Erlöschungsgründe vgl. §§ 1250 Abs 2, 1252, 1253, 1255, 1256. Dem Erlöschen steht gleich der Fall des § 1154.

3. **Einlösungsrecht des Verpfänders.** Die Fassung des Abs 2 erweckt den Anschein, als ob der Verpfänder nur dann, wenn er nicht persönlicher Schuldner ist, Zug um Zug Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung verlangen könnte, während der persönliche Schuldner, der selbst das Pfand bestellt hat, gehalten wäre, vor der Rückgabe des Pfandes zu bezahlen.

Diese offenbar nicht im Willen des Gesetzes liegende unbillige Schlußfolgerung ist indessen abzulehnen. Auch der persönliche Schuldner kann als Verpfänder verlangen, daß ihm Zug um Zug gegen die Befriedigung das Pfand zurückgegeben wird (**RG** 90, 72; 92, 282; **RG** JW 1910, 391[10]). Dabei braucht der Verpfänder die gesicherten Forderungen in der Klage nicht zu beziffern, sich nicht unter Angabe ihres Betrages zur Zahlung bereit zu erklären (**RG** 92, 282). Über das Befriedigungsrecht des Eigentümers vgl. § 1249. Soweit dem Verpfänder und dem Eigentümer das Einlösungs- und das Befriedigungsrecht zusteht, kommt § 267 Abs 2 nicht zur Anwendung.

4. **Verhältnis des Abs 2 zu Abs 1.** Vorheriges Erlöschen des Pfandrechts ist nur dann Voraussetzung für den Anspruch des Verpfänders auf Rückgabe des Pfandes, wenn das Pfandrecht auf andere Weise erlischt als mittels Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder; z. B. wenn der persönliche Schuldner zahlt, der nicht der Verpfänder ist, oder in den Fällen der A 2. Der Verpfänder dagegen, welcher sich zur Befriedigung des Gläubigers bereit erklärt, kann die Verurteilung des Pfandgläubigers zur Herausgabe des Pfandes Zug um Zug gegen die Zahlung der Schuld verlangen (**RG** 92, 281). Das Zahlungserbieten gehört hier zum Klagegrund. Der Pfandgläubiger kann dagegen den persönlichen Schuldner, auch wenn dieser der Verpfänder ist, auf die Leistung verklagen, ohne die Rückgabe des Pfandes anzubieten. Aber es folgt in einem solchen Fall nicht aus Abs 1 eine Vorleistungspflicht des Schuldner-Verpfänders, er darf vielmehr nach Abs 2 verlangen, daß er nur gegen Rückgabe des Pfandes zu zahlen braucht. Bedenklich deshalb **RG** JW 1914, 76[8], richtig **RG** 26. 6. 06 II 548/05.

5. **Entsprechende Anwendung des § 1223 auf die Sicherungsübereignung.** Vgl. **RG** 92, 281; **RG** JW 1914, 76[8].

§ 1224

Die Befriedigung des Pfandgläubigers durch den Verpfänder kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen.

E I 1163 II 1131; M 3 816; P 3 462.

Recht des Verpfänders zur Aufrechnung und Hinterlegung. Der Verpfänder soll, wenn er nicht persönlicher Schuldner ist, das Recht haben, mit Forderungen, die ihm gegen den Pfandgläuber zustehen, nach §§ 387—396 aufzurechnen, wie wenn er selbst der persönliche Schuldner wäre, und er soll ebenso die Forderung unter denselben Voraussetzungen und in derselben Art durch Hinterlegung nach §§ 372—386 zur Tilgung bringen können, wie wenn er sie schulden würde (vgl. auch § 1142 Abs 2). Mit Gegenforderungen des persönlichen Schuldners gegen den Pfandgläubiger kann der Verpfänder nicht aufrechnen, sie bieten ihm aber nach § 1211 (770) Grund zu Einreden gegen den Anspruch des Pfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Pfande.

§ 1225

Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 finden entsprechende Anwendung[1][2][3]**.**

E I 1164 II 1132; M 3 816; P 3 462, 463.

1. **Übergang der Forderung auf den Verpfänder infolge der Befriedigung des Gläubigers durch ihn.** Vgl. die Anmerkungen zu § 774. Mit der Forderung geht aber im Falle des § 1225 auch das Pfandrecht über (vgl. §§ 401 Abs 1, 412, 1256). Nach Satz 2 darf auch der Übergang des Pfandrechts nicht zum Nachteil des Pfandgläubigers geltend gemacht werden. Das Anwendungsgebiet des § 1225 ist dahin abzugrenzen: Die Vorschrift steht nicht zur Seite dem Eigentümer eines Grundstücks, auf dem eine verpfändete Hypothek haftet (**RG** 7. 3. 03 V 35/03); befriedigt er den Pfandgläubiger, so bezahlt er keine fremde, sondern seine eigene Schuld (**RG** 8. 11. 05 V 139/05). Ist der den Pfandgläubiger befriedigende Verpfänder für die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung auch nur zugleich als persönlicher Schuldner haftbar (z. B. als Gesellschafter für die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung gegen seine Gesellschaft), so trifft § 1225 nicht zu; aus sonstigen Gründen (z. B. nach § 426 Abs 2) kann die Forderung natürlich übergehen (**RG** 26. 11. 17 IV 308/17). Andererseits hat § 1225 zwar nur den Fall im Auge, daß die Befriedigung des Gläubigers nicht aus dem Pfande erfolgt, aber auch wenn dieses zutrifft, geht die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung auf den Verpfänder über, der nicht der persönliche Schuldner ist (vgl. § 1288 Abs 2); die Forderung des Pfandgläubigers gilt als von dem Gläubiger der verpfändeten und eingezogenen Forderung berichtigt, dadurch werden die Folgen des § 1225 nach § 1273

Abs 2 ausgelöst (RG 26. 11. 17 IV 308/17). Wird der Pfandgläubiger erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Schuldners befriedigt, so können konkursrechtliche Bestimmungen den Verpfänder hindern, die auf ihn übergegangene Forderung in dem Konkurse zu verfolgen (RG Warn 08 Nr 480; LZ 1917, 472[6]). Auf die ihm nach § 1225 zustehenden Rechte kann der Verpfänder schon bei der Verpfändung verzichten (RG 71, 329).

2. Die **entsprechende Anwendung des § 774** hat zu mannigfachen Zweifeln Anlaß gegeben, insofern als sie auch § 774 **Abs 2** umfassen soll. Das RG (83, 392; 85, 364) hat die einschlagenden Fragen nur gestreift, noch nicht entschieden, sie sind wesentlich geklärt durch Strohal (JheringsJ 61, 59 ff.). — Wie bereits in A 5 zu § 774 hervorgehoben, schränkt Abs 2 dieser Vorschrift die Folgen ein, die sich aus Abs 1 ergeben würden, und läßt Mitbürgen einander nur nach § 426 haften. Damit ist nach dessen Abs 2 Satz 1 gesagt, daß trotz §§ 401, 412 die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Mitbürgen auf den zahlenden Mitbürgen nur insoweit übergeht, als er von den übrigen Mitbürgen Ausgleichung verlangen kann. Auf mehrere Drittverpfänder angewendet, ergibt das den Satz: Befriedigt ein Drittverpfänder den Pfandgläubiger, so geht das Pfandrecht an den von andern Drittverpfändern verpfändeten Sachen auf den zahlenden Drittverpfänder nur insoweit über, als er von den andern Drittverpfändern Ausgleichung verlangen kann. Darüber, ob ein solcher Ausgleichsanspruch besteht, sagt weder § 1225 noch § 774 etwas. Denn nicht aus § 774, sondern aus § 769 folgt die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Mitbürgen. Sie führt nach § 426 Abs 1 Satz 1 zu einer Haftung nach Kopfteilen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Dergleichen Vorschriften sind für mehrere Drittverpfänder nicht gegeben. Sie übernehmen eine Schuldverbindlichkeit überhaupt nicht. Eine Ausgleichspflicht kann bei ihnen nur auf der Grundlage besonderer Abreden entstehen. — Ebenso geregelt ist der entsprechende Fall im Hypothekenrecht nach § 1143. Dort wird zwar nur auf § 774 Abs 1 verwiesen, dafür aber § 1173 herangezogen. Das ergibt folgenden Rechtssatz: Besteht für eine Forderung eine Gesamthypothek und befriedigt der Eigentümer eines der belasteten Grundstücke, der nicht der persönliche Schuldner ist, den Gläubiger, so geht die Hypothek an dem Grundstück jedes der andern Eigentümer auf ihn über, soweit er von ihm oder seinem Rechtsvorgänger — der Ersatzanspruch ihm gegenüber ist auch in den Fällen des § 1225 für genügend anzusehen — Ersatz verlangen darf. Darüber, ob er das kann, sagt auch hier das Gesetz nichts. Auch hier können nun besondere Abreden einen Ersatzanspruch begründen. — Bei dieser völlig gleichlaufenden Regelung hat es keine Bedenken, einen Drittverpfänder und den nicht persönlich haftenden Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks in der Frage des Übergangs des Pfandrechts oder der Hypothek rechtlich ebenso zu behandeln wie zwei Drittverpfänder oder wie zwei Eigentümer von Grundstücken, die mit einer Gesamthypothek belastet sind.

3. Für das **Verhältnis des Drittverpfänders zu einem Bürgen** der pfandgesicherten Forderung sind besondere Vorschriften nicht gegeben. Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht also die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner nach § 774 Abs 1 auf ihn über und nach §§ 401, 412 ist dasselbe mit den Nebenrechten der Fall, also auch mit dem Pfandrecht an der Sache des Drittverpfänders. § 1225 scheint den Schluß zu rechtfertigen, daß umgekehrt auch ein Drittverpfänder, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung mit den Nebenrechten erwirbt, also auch mit dem Anspruch aus der Bürgschaft. Das würde darauf hinauslaufen, daß derjenige das bessere Recht hat, der zuerst den Gläubiger befriedigt. Hier greift indessen § 776 ein. Er zeigt, daß dem Bürgen der Rückgriff auf ein für die Hauptforderung bestelltes Pfand unter allen Umständen erhalten bleiben soll. Wird ihm diese Möglichkeit genommen, sei es, daß der Gläubiger das Pfandrecht aufgibt — diesen Fall behandelt § 776 ausdrücklich —, sei es, daß der Gläubiger von dem Eigentümer der Pfandsache befriedigt wird oder daß er sich selbst aus dem Pfande befriedigt — diese Fälle sind dem im § 776 behandelten sinngemäß gleichzustellen —, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem Pfandrecht nach § 774 hätte Ersatz verlangen können. Der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen erlischt also in Höhe des Wertes des Pfandes und er kann deshalb insoweit nicht mehr auf den Drittverpfänder übergehen. Das bessere Recht hat demnach der Bürge. Er hat es auch gegenüber dem Eigentümer eines mit einer Hypothek für die Forderung belasteten Grundstücks, denn dieser steht als solcher nach dem Gesagten und auch nach § 776 einem Drittverpfänder gleich. Von dem besseren Recht des Bürgen gegenüber dem Drittverpfänder geht — unausgesprochen — übrigens auch RG 75, 271 aus.

§ 1226

Die Ersatzansprüche des Verpfänders wegen Veränderungen oder Verschlechterungen des Pfandes sowie die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Ein-

richtung verjähren in sechs Monaten. Die Vorschriften des § 558 Abs 2, 3 finden entsprechende Anwendung[1]).

E II 1133; P 3 460.

1. Nach den entsprechend anzuwendenden Vorschriften des Mietrechts beginnt die **Verjährung der Ersatzansprüche** des Verpfänders wegen Veränderungen und Verschlechterungen des Pfandes (§ 1215) mit der Rückgabe des Pfandes. Wird das Pfand nicht zurückgegeben, so verjähren die Ersatzansprüche gleichzeitig mit dem Anspruch auf Rückgabe des Pfandes. Die Verjährung der Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen oder Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung (§ 1216) beginnt mit der Beendigung des durch die Verpfändung zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger begründeten Rechtsverhältnisses.

§ 1227

Wird das Recht des Pfandgläubigers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Pfandgläubigers die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung[1])[2]).

E I 1155 II 1134 M 3 809, 810; P 3 454.

1. **Rechtsschutz für das Pfandrecht.**
Abgesehen von den Rechtsbehelfen, die dem Pfandgläubiger als Besitzer der Sache zustehen (§§ 858ff., 1007, vgl. **RG** 57, 325), und den Rechten, die ihm aus dem Pfandvertrag erwachsen, sind dem Pfandgläubiger zum Schutze seines Pfandrechts als dinglichen Rechtes vom Gesetze die gleichen Ansprüche eingeräumt wie dem Eigentümer zum Schutze des Eigentums. Er hat bei Entziehung und Vorenthaltung des Besitzes der Pfandsache auf Grund seines Pfandrechts gegen den Besitzer den Anspruch auf Herausgabe nach den §§ 985—997, 999—1003, einschließlich der Schadensersatzansprüche aus den §§ 989—992; bei sonstigen Beeinträchtigungen gegen den Störer den Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung (§ 1004); der Pfandgläubiger hat ebenso wie der Eigentümer der Sache das Recht, von dem Besitzer des fremden Grundstücks, auf das die Pfandsache geraten ist, zu verlangen, daß er ihm das Aufsuchen und Wegschaffen gestattet (§§ 1005, 867), hat im Besitze der Pfandsache (selbst dem Eigentümer gegenüber) die Vermutung des Pfandrechts für sich (§ 1006). Bei gemeinschaftlichem Pfandrechte stehen jedem der Pfandgläubiger die Ansprüche aus dem Pfandrechte Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Pfandsache nach § 1011 zu. Die Ansprüche auf Herausgabe und Ersatz von Nutzungen der Pfandsache (§§ 987, 988, 990, 991, 993) stehen dem Pfandgläubiger nur insoweit zu, als er selbst berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen (§ 1213), jedoch müssen ihm die Erzeugnisse, auf die sich sein Pfandrecht erstreckt (§ 1212), jedenfalls herausgegeben werden.

2. **Entsprechende Anwendung.** Die Vorschrift ist unmittelbar nur für das Pfandrecht an beweglichen Sachen gegeben. Auf das Pfandrecht an einem Recht ist sie höchstens dann entsprechend anwendbar, wenn der Pfandgläubiger in den Besitz eines körperlichen Gegenstandes, z. B. einer Urkunde, gelangt ist (**RG** 14. 5. 18 VII 51/18).

§ 1228

Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande erfolgt durch Verkauf[1]).

Der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe berechtigt, sobald die Forderung ganz oder zum Teil fällig ist. Besteht der geschuldete Gegenstand nicht in Geld, so ist der Verkauf erst zulässig, wenn die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist[2])[3]).

E I 1165 II 1135; M 3 817—819; P 3 463.

1. **Befriedigung des Pfandgläubigers durch Pfandverkauf.** Das Recht des Pfandgläubigers, sich durch den Verkauf der Sache zu befriedigen, ist Hauptgegenstand des Pfandrechts, seine Ausübung dessen naturgemäße Verwirklichung. Der Verkauf der Pfandsache ist jedoch nur Recht, nicht Pflicht des Pfandgläubigers (**RG** 23. 6. 14 II 167/14). Nach ZPO § 777 muß sich indessen der Gläubiger, wenn er für seine vollstreckungsreife Forderung ein Pfandrecht an einer Sache des Schuldners (nicht also auch eines Dritten) hat, den Widerspruch des Schuldners gegen die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen gefallen lassen, soweit der Wert des Pfandes die Forderung deckt (beneficium excussionis realis). Ferner kann im Konkursverfahren über das Vermögen des Eigentümers der Pfandsache der Konkursverwalter den Pfandgläubiger nach KO § 127 zur Ausübung seines Verkaufsrechts

anhalten und unter gewissen Voraussetzungen den Pfandverkauf selbst betreiben. Ein Bürge kann nach § 772 Abs 2 verlangen, daß der Gläubiger, dem an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners ein Pfand- (oder ein Zurückbehaltungs-) Recht zusteht, zunächst aus dieser Sache Befriedigung sucht. Vgl. ferner wegen der Verpflichtung zum Pfandverkauf § 1218 A 1. Gänzlicher Ausschluß des Verkaufsrechts durch Vereinbarung ist nicht zulässig (vgl. § 1204 A 9). Ist Geld verpfändet, so bedarf es des Verkaufs nicht, da er ja nichts Weiteres ist als die Umwandlung der Sache in Geld. Der Pfandgläubiger kann sich also aus dem Gelde unmittelbar befriedigen, d. h. sich das Geld aneignen. Wenn dem Buchbinder die ihm zum Einbinden übergebenen Bücher als solche vertragsmäßig verpfändet sind, so darf er nach Eintritt der Verkaufsbefugnis die Bücher auch als solche, nicht nur als bedrucktes Papier (Makulatur) verkaufen, denn die Verbreitungsbefugnis nach § 11 LitUG verb. mit § 1 VerlG ist ihm stillschweigend mitübertragen. Das gleiche wird auch anzunehmen sein, wenn die Bücher schlechthin verpfändet sind, nicht aber, wenn der Buchbinder nach § 647 ein gesetzliches Pfandrecht an den Büchern erlangt hat. Übergeben werden in solchem Fall nur die Bücher, nicht das Verbreitungsrecht. Die Bücher sind nicht dessen Träger. Seine Verpfändung ist nur aus dem Vertragswillen herzuleiten. Ein Pfandvertrag wird aber bei Abschluß des Werkvertrags nicht abgeschlossen, sonst wäre das Pfandrecht ja auch kein gesetzliches (vgl. SeuffA 69 Nr 122 und Allfeld in LZ 1915, 476ff.). Über die Zulässigkeit der Befriedigung aus dem Pfande im Wege der Zwangsvollstreckung vgl. § 1233 Abs 2 und A 2, über die Unzulässigkeit der Pfandverfallabrede § 1229.

2. **Voraussetzung des Verkaufsrechts** oder, allgemeiner ausgedrückt, des Rechtes, Befriedigung aus dem Pfande zu suchen, ist bei Geldforderungen lediglich die Fälligkeit der Forderung. Unstreitigkeit, insbesondere Feststehen des Betrags (Liquidität), ist nicht erforderlich, auch nicht, daß der Schuldner im Verzug ist oder der Gläubiger einen Vollstreckungstitel besitzt, weder einen für seine Forderung, noch einen für sein Recht auf Befriedigung aus dem Pfande (vgl. § 1233 Abs 2, 1277, auch § 371 Abs 3 HGB). Es genügt, daß ein Teil der Forderung fällig ist, z. B. Zinsen. Den Beteiligten steht indessen frei, zu vereinbaren, daß der Pfandverkauf erst nach Mahnung des Schuldners oder erst dann zulässig sein soll, wenn der Schuldner (z. B. für Zinsen) längere Zeit im Rückstande ist. Der Verpfänder, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, kann nach dem Gesetze nicht verlangen, daß vor dem Pfandverkaufe die Beitreibung vom Schuldner versucht wird. Vereinbart kann auch dieses werden; vgl. auch ZPO § 777. Die erwähnten Vereinbarungen können aber nur mit schuldrechtlicher Wirkung getroffen werden, da vertragliche Abänderungen mit dinglicher Wirkung hier nicht zugelassen sind, wie das ausnahmsweise im § 1245 geschehen ist (vgl. A 1 das.). Abreden, welche die Voraussetzungen des Pfandverkaufs ermäßigen, sind überhaupt unzulässig. Ist die Forderung, für die das Pfandrecht besteht, keine G ldforderung, so gilt für die Zulässigkeit des Pfandverkaufs das weitere Erfordernis, daß sie in eine Geldforderung übergegangen sein muß. Hat nach dem bestehenden Schuldverhältnisse der Pfandgläubiger die Wahl, Geld oder eine andere Leistung zu verlangen, oder ist vereinbart, daß der Schuldner im Falle der Nichterfüllung der ursprünglichen Schuldverbindlichkeit eine Geldsumme zu zahlen hat, so kann der Pfandgläubiger bei Fälligkeit der Forderung ohne weiteres das Verkaufsrecht ausüben. In den Fällen der §§ 280, 283, 286 hat er abzuwarten, bis sich die Forderung in eine Schadensersatz-Geldforderung umwandelt. Der Anspruch eines Bürgen auf Befreiung von der Bürgschaft verwandelt sich in einen Geldzahlungsanspruch, sobald der Bürge bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners belangt wird. Der Bürge darf dann aus einem ihm vom Hauptschuldner gestellten Pfande Befriedigung suchen (RG 78, 34).

3. **Keine entsprechende Anwendung** der Vorschriften über die Art und Weise des Pfandverkaufs auf die Verwertung einer zur Sicherheit übereigneten Sache (RG JW 1914, 76[8]), falls nicht entsprechende Vereinbarungen getroffen sind (RG 8. 12. 19 V 248/19).

§ 1229

[1]) Eine vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig[2]).

E I 1167 II 1136; M 3 820, 821; P 3 467.

1. **Das Verbot des Verfallvertrags** erfaßt auch den Fall der Vereinbarung, daß der Pfandgläubiger bei Eintritt der Verkaufsberechtigung befugt sein soll, das Pfand zum laufenden Markt- oder Börsenpreise zu behalten (M 3, 821), nicht aber den Fall, daß dem Pfandgläubiger durch Vereinbarung die Befugnis eingeräumt wird, das Pfand aus freier Hand zu verkaufen (RG Gruch 48, 409). Auf die ernsthaft gemeinte Sicherheitsübereignung und

auf den Eigentumsvorbehalt für den Kaufpreis kann § 1229 nicht angewendet werden. Nach Eintritt der Verkaufsberechtigung sind Vereinbarungen über den Verfall des Pfandes durch § 1229 nicht mehr verboten (RG 1. 4. 16 V 30/16), sie können aber nach § 138 nichtig sein.

2. Folgen der Nichtigkeit. Ob infolge der Nichtigkeit der Nebenabrede über den Verfall des Pfandes der ganze Pfandvertrag nichtig wird, ist nach § 139 zu beurteilen. Nach der besonderen Lage des Falles wird es auch zu beurteilen sein, ob die Verfallklausel im Zusammenhalt mit den sonstigen Umständen den ganzen Vertrag als wucherisch (§ 138) erscheinen läßt. Für sich allein macht die Klausel den Vertrag nicht notwendig zu einem wucherischen (RG JW 09, 719[6]).

§ 1230

Unter mehreren Pfändern kann der Pfandgläubiger, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, diejenigen auswählen, welche verkauft werden sollen[1]). Er kann nur so viele Pfänder zum Verkaufe bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind[2]).

E I 1176 II 1137; M 3 828; P 3 479.

1. Das **Auswahlrecht des Pfandgläubigers bei mehreren Pfändern** entspricht der im § 1222 über die Haftung der mehreren Pfänder gegebenen Bestimmung. Es ist vom Gesetze nach keiner Richtung beschränkt. Der Pfandgläubiger kann nach seinem Belieben auswählen. Abweichende Vereinbarungen binden den Pfandgläubiger persönlich, haben aber keine dingliche Wirkung; der ihnen zuwider vorgenommene Pfandverkauf ist rechtmäßig und gültig, macht aber den Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig (§ 1243).

2. Die **Beschränkung des Verkaufsrechts auf den Bedarf für die Befriedigung** ist dinglicher Art, ihr zuwider vorgenommener Verkauf führt nicht nur zu Schadensersatzansprüchen, sondern ist unrechtmäßig (§ 1243). Durch Vereinbarung kann aber dem Pfandgläubiger eine weitergehende Befugnis eingeräumt werden (RG JW 08, 142[13]), denn die Vorschrift ist, wie sich aus der Begründung (III, 829) ergibt, nicht zwingenden Rechtes. Dahingehender Wille der Beteiligten kann auch aus den Umständen wie aus der Art des Pfandgegenstandes (z. B. Verpfändung von einem Paar Schuhe) entnommen werden. Das Verbot übermäßigen Verkaufs hat auch bei Verpfändung von Sachmengen: Faß Wein, Haufen Getreide, Anwendung zu finden. Ein dabei nach den Umständen gebotener oder unvermeidlicher Überverkauf verstößt nicht gegen § 1230.

§ 1231

[1]) Ist der Pfandgläubiger nicht im Alleinbesitze[2]) des Pfandes, so kann er nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung die Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs fordern[3]). Auf Verlangen des Verpfänders hat an Stelle der Herausgabe die Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer zu erfolgen; der Verwahrer hat sich bei der Ablieferung zu verpflichten, das Pfand zum Verkaufe bereitzustellen[4]).

E II 1138; P 3 463.

1. Anspruch auf Herausgabe des Pfandes zum Zwecke des Verkaufs. Es handelt sich um den Anspruch gegen den mitbesitzenden Verpfänder. Inwiefern der Pfandgläubiger von Dritten, die sich im Alleinbesitz oder Mitbesitz befinden, Herausgabe verlangen kann, ergibt sich nicht aus § 1231, sondern je nach der Rechtsstellung, die diese Dritten gegenüber dem Pfandgläubiger haben, nach den für diese Rechtsstellung geltenden besonderen Vorschriften.

2. Nicht im Alleinbesitz. Den Gegensatz von Alleinbesitz bildet der Mitbesitz. Darin, daß beim unmittelbaren Besitze des Pfandgläubigers der Verpfänder ebenfalls Besitzer, nämlich mittelbarer Besitzer ist (§ 868), liegt kein Mitbesitzverhältnis. Jeder von beiden ist Alleinbesitzer im Sinne des § 1231. Auch wenn der Pfandgläubiger auf dem Wege des § 1205 Abs 2 mittelbarer Besitzer geworden ist, ist er Alleinbesitzer im Sinne des § 1231. Sein Anspruch auf Herausgabe gegen den dritten unmittelbaren Besitzer ist der ihm nach § 870 abgetretene, und es ist seine Sache, diesen geltend zu machen, um die Pfandsache in die Hand zu bekommen, wenn ihm nicht § 986 Abs 2 entgegensteht.

3. Herausgabe, d. h. Einräumung des Alleinbesitzes, woraus sich auch die Notwendigkeit der Aufhebung des Mitverschlusses des Verpfänders (§ 1206) ergibt. Ist das Pfandrecht durch Übertragung des mittelbaren Mitbesitzes auf den Pfandgläubiger in der Art bestellt worden, daß der Drittbesitzer verpflichtet worden ist, nur an den Eigentümer und den Gläubiger

gemeinschaftlich herauszugeben, so geht der Anspruch des Pfandgläubigers auf Herausgabe nach § 1231 dahin, daß ihm der mittelbare Alleinbesitz übertragen und der Drittbesitzer ermächtigt wird, an ihn allein zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben.

4. Ablieferung an einen Verwahrer. Das Verlangen steht dem Verpfänder sowohl im Falle des unmittelbaren wie des mittelbaren Mitbesitzes zu, unbeschadet natürlich der Rechte des Dritten auf den Besitz. Der Verwahrer ist im Streitfalle vom Prozeßgerichte zu bestimmen. Er hat sich dem Pfandgläubiger gegenüber zu verpflichten, das Pfand zum Verkauf bereitzustellen. Verlangt der auf Herausgabe verklagte Verpfänder, nur zur Ablieferung an einen Verwahrer verurteilt zu werden, so muß der Pfandgläubiger seinen Antrag entsprechend ändern, widrigenfalls er abgewiesen wird (§§ 268 Nr 3, 308 Abs 1 ZPO).

§ 1232

Der Pfandgläubiger ist nicht verpflichtet, einem ihm im Range nachstehenden Pfandgläubiger das Pfand zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben. Ist er nicht im Besitze des Pfandes, so kann er, sofern er nicht selbst den Verkauf betreibt, dem Verkaufe durch einen nachstehenden Pfandgläubiger nicht widersprechen [1] [2]).

E I 1166 II 1139; M 3 819, 820; P 3 466, 467.

1. Ordnung der Verkaufsberechtigung beim Zusammentreffen mehrerer im Range verschiedener Pfandrechte an der Sache. Die Vorschrift des § 1232 führt zu folgenden Ergebnissen: Der vorgehende Pfandgläubiger ist in der Ausübung seiner Verkaufsberechtigung durch den nachgehenden in keinem Falle gehindert. Ist er im Besitze des Pfandes, so kann er ohne weiteres zum Verkaufe schreiten, wenn die Zeit der Verkaufsberechtigung gekommen ist. Ist nicht er im Besitze des Pfandes, sondern der nachstehende Pfandgläubiger, so kann er von diesem auf Grund seines vorgehenden Pfandrechts die Herausgabe verlangen, um den Verkauf zu betreiben. Will er aber den Verkauf nicht selbst betreiben oder kann er es nicht, weil seine Forderung noch nicht fällig ist, so kann er auch den nachgehenden Pfandgläubiger, der zum Verkaufe schreiten will, daran nicht hindern, muß ihm vielmehr den Besitz zu diesem Zwecke lassen (RG 87, 325; 97, 35). Der nachgehende Pfandgläubiger ist in ungünstigerer Lage. Ist er im Besitze, so kann er allerdings von seiner Verkaufsberechtigung Gebrauch machen, aber nur, wenn nicht der vorgehende Pfandgläubiger den Verkauf betreiben will. Ein Pfandverkauf durch den nachgehenden Gläubiger führt zwar zum Erlöschen auch des vorgehenden Pfandrechts an der Sache und setzt den Erlös an ihre Stelle als Sicherungs- und Befriedigungsmittel (§ 1247), beeinträchtigt aber nicht das vorgehende Pfandrecht als solches, entspricht vielmehr dem Wesen des Pfandrechts überhaupt (RG 87, 325f.). Will der vorgehende Pfandgläubiger den Verkauf betreiben oder ist er auch nur im Besitze der Pfandsache, so ist der nachgehende Pfandgläubiger am Gebrauche seiner Verkaufsberechtigung gehindert. Er kann sich zwar dem etwaigen Pfandverkaufe des vorgehenden anschließen, aber, wenn dieser zum Verkaufe nicht willens oder imstande ist, so hat er nicht das Recht, die Herausgabe zu verlangen, um den Pfandverkauf zu betreiben. Es bleibt ihm nur die Möglichkeit der Befriedigung des vorgehenden Pfandgläubigers, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist (§ 1249). Erwirbt er auf diese Art das vorgehende Pfandrecht, so kann er Herausgabe des Pfandes verlangen und den Pfandverkauf zugunsten beider Pfandrechte betreiben.

2. Für mehrere im Range gleichstehende Pfandgläubiger, die sich im gemeinschaftlichen Besitz der Pfandsache befinden, gelten die Regeln von der Gemeinschaft (§§ 741ff.). Ist nur einer von ihnen im Besitz, so können die anderen nicht mindere Rechte haben als der nachstehende Gläubiger nach § 1232. Darüber hinaus dürfen sie verlangen, an dem Verkauf des Pfandes mitzuwirken, soweit ihnen die Verkaufsberechtigung bereits zusteht.

§ 1233

[1]) Der Verkauf des Pfandes ist nach den Vorschriften der §§ 1234 bis 1240 zu bewirken.

Hat der Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erlangt, so kann er den Verkauf auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken lassen [2]).

E I 1169 II 1140; M 3 822, 823; P 3 474—476.

1. Verkaufsverfahren. Vereinbarungen über ein von den §§ 1234—1240 abweichendes Verkaufsverfahren sind nach § 1245 zulässig. In den §§ 1234—1240 ist nur das regelmäßige

Verfahren bestimmt. Danach verkauft der Pfandgläubiger im eigenen Namen aber für Rechnung des Verpfänders. Für Sachmängel braucht er im Falle des § 461 nicht zu haften, für Rechtsmängel haftet er an sich, doch schützen ihn §§ 439, 1244. Besondere landesrechtliche Vorschriften können nach EG Art 94 über das Verkaufsverfahren der gewerblichen Pfandleiher und der Pfandleihanstalten erlassen werden. Wegen der Sicherungsübereignung vgl. A 3 zu § 1228.

2. Verkauf nach den Vorschriften über den Verkauf gepfändeter Sachen und Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung. Ist der Eigentümer des Pfandes zugleich der persönliche Schuldner, und hat der Pfandgläubiger gegen ihn einen vollstreckbaren Titel auf Zahlung der Schuld so kann er mit diesem Titel auch die Vollstreckung in das Pfand betreiben. Diese Vollstreckung ist jedoch gewöhnliche Zwangsvollstreckung, kommt als Pfandveräußerung im Sinne der §§ 1233ff. überhaupt nicht in Betracht, untersteht ausschließlich den Vorschriften der ZPO, setzt also insbesondere die nochmalige Pfändung der Sache und deren Zulässigkeit nach den Vorschriften der ZPO voraus und gründet sich nicht auf Abs 2. Das im Abs 2 zugelassene Verfahren hat ein wesentlich beschränkteres Gebiet. Es greift nur dann Platz, wenn, was selten sein wird, der Pfandgläubiger gegen den Eigentümer (nicht gegen den Verpfänder oder persönlichen Schuldner, wenn dieser nicht Eigentümer ist) ein vollstreckbares Urteil dahin erwirkt hat, daß dieser den Pfandverkauf dulden muß (**RG** LZ 1916, 1427[14]). Ein solches Urteil wird vorkommen, wenn der Eigentümer des Pfandes gegen die Berechtigung zum Pfandverkauf Einwendungen erhoben hat, oder in ähnlicher Weise, wenn ein durch sog. kaltes Abbrennen geschädigter Hypothekengläubiger die Zwangsvollstreckung in die beiseite geschafften Inventarstücke betreiben will (**RG** 6. 5. 16 V 446/14). Ist das vom Pfandgläubiger erwirkte Urteil vollstreckbar, so hat er das Recht des Pfandverkaufs nach den Regeln der ZPO neben dem Rechte der Veräußerung nach den Vorschriften der §§ 1234 bis 1240. Eine neuerliche Pfändung hat nicht stattzufinden; die Vorschriften der ZPO über die Pfändung (ZPO §§ 803—813) greifen nicht Platz, wohl aber die Vorschriften der §§ 814, 816, 817, 820—823, 825 ZPO. Die einwöchige Frist des § 816 ZPO läuft im Falle des Verfahrens nach Abs 2 vom Zeitpunkte der Erlangung des Vollstreckungstitels ab. Die Versteigerung wird an dem Orte zu erfolgen haben, wo das Pfand aufbewahrt wird oder, wenn dieser ungeeignet ist, an einem anderen geeigneten Orte (§ 1236). An Stelle des § 806 ZPO wird § 1242, an Stelle des § 817 Abs 4 ZPO wird BGB § 1239, an Stelle des § 818 ZPO § 1230 Satz 2 BGB, an Stelle des § 819 ZPO § 1247 BGB anzuwenden sein. Die §§ 1244, 1248, 1249 BGB finden auch bei der Pfandveräußerung auf diesem Wege Anwendung.

§ 1234

[1]) **Der Pfandgläubiger hat dem Eigentümer den Verkauf vorher anzudrohen und dabei den Geldbetrag zu bezeichnen[2]), wegen dessen der Verkauf stattfinden soll. Die Androhung kann erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung erfolgen; sie darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist.**

Der Verkauf darf nicht vor dem Ablauf eines Monats[3]) nach der Androhung erfolgen. Ist die Androhung untunlich, so wird der Monat von dem Eintritte der Verkaufsberechtigung an berechnet.

E I 1170 II 1141; M 3 823, 824; P 3 476.

1. Androhung des Verkaufs und Wartefrist. Auf Androhung und Wartefrist kann der Eigentümer (ihm allein ist sie zu machen, nicht dem Verpfänder, der nicht Eigentümer ist — vgl. jedoch § 1248 —, und ebensowenig dem persönlichen Schuldner) auch schon vor Eintritt der Verkaufsberechtigung nach § 1245 Abs 1 verzichten. Die Nichtbeobachtung der Vorschriften über die Androhung und Wartefrist zieht Schadensersatzpflicht nach sich, gefährdet aber die Gültigkeit des Verkaufs nicht (§ 1243). Die Vorschrift erstreckt sich sowohl auf den Fall der Versteigerung, wie auf den des freihändigen Verkaufs nach § 1235 Abs 2. Sie soll dem Eigentümer die Einlösung des Pfandes ermöglichen.

2. Zeit und Ort des bevorstehenden Verkaufs brauchen bei der Androhung nicht bezeichnet zu werden, vgl. aber § 1237 Satz 2.

3. Kürzere Frist, nämlich eine Woche, wenn die Verpfändung auf der Seite des Pfandgläubigers und des Verpfänders ein Handelsgeschäft ist (HGB § 368). Fristberechnung nach §§ 186ff.

§ 1235

Der Verkauf des Pfandes ist im Wege öffentlicher Versteigerung zu bewirken[1]).

Hat das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so findet die Vorschrift des § 1221 Anwendung[2][3]).

E I 1171 II 1142; M 3 824; P 3 476—478; 6 166.

1. **Öffentliche Versteigerung** vgl. §§ 383 Abs 3, 966, 1219.
2. **Verkauf zum Börsen- oder Marktpreis** vgl. § 1221 und die Anmerkungen dazu.
3. **Verzicht** auf Beobachtung der Vorschriften des § 1235 ist erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung zulässig (§ 1245 Abs 2); **Verstoß gegen sie** hat Unrechtmäßigkeit des Verkaufs zur Folge (§ 1243 Abs 2).

§ 1236

[1]) **Die Versteigerung hat an dem Orte zu erfolgen, an dem das Pfand aufbewahrt wird. Ist von einer Versteigerung an dem Aufbewahrungsort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so ist das Pfand an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern[2]).**

E I 1172 II 1143; M 3 824, 825; P 3 478, 479.

1. **Versteigerungsort,** vgl. auch § 383 Abs 2. Anderweite Vereinbarung der Beteiligten ist nach § 1245 zulässig, Verletzung gefährdet nicht die Gültigkeit des Verkaufs, sondern macht nur schadensersatzpflichtig (§ 1243). In der Vereinbarung eines Aufbewahrungsortes liegt auch die Vereinbarung des Versteigerungsortes. Darüber, ob ein angemessener Erfolg am Orte (in der Ortschaft) der Aufbewahrung des Pfandes zu erwarten und welcher Ort sonst geeignet ist, entscheidet zunächst der Pfandgläubiger nach Treu und Glauben; wenn ein Gegenbeteiligter aber die Versteigerung an einem anderen Orte als nach billigem Ermessen dem Besten aller Beteiligten entsprechend verlangt, mangels einer Einigung das Gericht (§ 1246).
2. **Wegen des Verkaufsorts beim Verkaufe zum Markt- oder Börsenpreise** vgl. § 1221 A 2.

§ 1237

[1]) **Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes[2]) öffentlich bekanntzumachen. Der Eigentümer und Dritte, denen Rechte an dem Pfande zustehen, sind besonders zu benachrichtigen[3]); die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist.**

E I 1171, 1172 II 1144; M 3 824, 825; P 3 479.

1. Verzicht auf **öffentliche Bekanntmachung** ist vor Eintritt der Verkaufsberechtigung unzulässig (§ 1245), Verstoß bewirkt Ungültigkeit des Pfandverkaufs (§ 1243). Eine bestimmte Art der öffentlichen Bekanntmachung ist nicht vorgeschrieben. Sie hat daher so zu erfolgen, wie es nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Verkehrs und die besonderen Umstände des Falles angemessen erscheint. Zumeist wird örtliche Übung oder besondere Vorschrift für die Versteigerer bestehen.
2. **Allgemeine Bezeichnung des Pfandes.** Bezeichnung des Pfandgläubigers, des Eigentümers, des Schuldners hat nicht stattzufinden.
3. Auf **Benachrichtigung der Beteiligten** kann auch vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung verzichtet werden, Unterlassung hat Ungültigkeit des Verkaufs nicht zur Folge (§§ 1245, 1243). Daß die Zurücknahme der Benachrichtigung die Unzulässigkeit des Pfandverkaufs zur Folge hat (Staudinger), kann nur in dem Sinne zugestanden werden, daß sie die Wirkung der Unterlassung der Benachrichtigung hat, nicht aber in dem Sinne, daß sie die Unrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs zur Folge hätte.

§ 1238

[1]) **Das Pfand darf nur mit der Bestimmung verkauft werden[2]), daß der Käufer den Kaufpreis sofort bar zu entrichten hat[3]) und seiner Rechte verlustig sein soll, wenn dies nicht geschieht[4]).**

Erfolgt der Verkauf ohne diese Bestimmung, so ist der Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen; die Rechte des Pfandgläubigers gegen den Ersteher bleiben unberührt[5]). Unterbleibt die sofortige Entrichtung des Kaufpreises, so gilt das gleiche, wenn nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung Gebrauch gemacht wird[6]).

E I 1173, 1175 II 1146; M 3 827, 828; P 3 479.

1. Verkaufsbestimmungen beim Pfandverkauf. Das Gesetz nimmt zum Schutze des Pfandeigentümers und der sonst auf das Ergebnis des Pfandverkaufs Angewiesenen auf den Inhalt des Pfandverkaufs bestimmend Einfluß. Es schreibt die Hauptbestimmungen des Vertrags vor und läßt für die wesentlichsten den Beteiligten nicht die Freiheit, schon bei der Pfandbestellung Abweichendes zu vereinbaren. In Ansehung des Kaufpreises ist für den Pfandverkauf aus freier Hand nach §§ 1235 Abs 2, 1221 bestimmt, daß zum laufenden Börsen- oder Marktpreise zu verkaufen ist, für die Versteigerung ergibt sich aus § 156, daß dem Meistbietenden der Zuschlag zu erteilen ist, wenn er überhaupt erteilt wird. Im § 1238 wird weiter zugunsten der außer dem Pfandgläubiger Beteiligten die Vereinbarung mit dem Käufer dahin vorgeschrieben, daß bei Meidung des Rechtsverlustes der Kaufpreis sofort bar zu zahlen ist. Die Vorschrift, die durch Vereinbarung abänderbar ist (§ 1245), gilt sowohl für den freihändigen Verkauf, wie für die Versteigerung. Ihre Verletzung zieht die Ungültigkeit des Pfandverkaufs nicht nach sich, auch nicht eine Schadensersatzpflicht des Pfandgläubigers, aber die Rechtsfolge, daß der Pfandgläubiger sich so behandeln lassen muß, wie wenn er den Kaufpreis erhalten hätte.

2. Darf nur mit der Bestimmung verkauft werden. Die Vorschrift verpflichtet den Pfandgläubiger, für die Aufnahme dieser Bestimmung in den Kaufvertrag bei Meidung des ihm angedrohten Rechtsnachteils zu sorgen, sie fügt aber die Bestimmung nicht selbst in den Kaufvertrag ein wie § 817 ZPO.

3. Sofort bar zu entrichten, d. h. Zug um Zug gegen Aushändigung der Kaufsache zu bezahlen.

4. Bei Verlust der Rechte. Vorbehalt der Rechtsverwirkung nach § 360 mit der Folge, daß dem Pfandgläubiger als Verkäufer das Recht zusteht, wenn nicht sofort Barzahlung erfolgt, vom Vertrage zurückzutreten.

5. Der Kaufpreis ist als vom Pfandgläubiger empfangen anzusehen, sobald die versteigerte Sache dem Ersteher ausgehändigt ist, aber nur im Verhältnis zwischen dem Pfandgläubiger einerseits und dem Eigentümer des Pfandes, dem persönlichen Schuldner und den etwa noch in Betracht kommenden dinglich Berechtigten anderseits. Dem Ersteher gegenüber bleibt der Pfandgläubiger unbezahlter Verkäufer, bis er Zahlung erhalten hat. Nach der Unterstellung des Gesetzes, daß der Kaufpreis als vom Pfandgläubiger empfangen anzusehen ist, gilt die Forderung, soweit der Kaufpreisbetrag reicht, als vom Eigentümer berichtigt. Soweit sich ein Mehrerlös berechnet, ist der Pfandgläubiger Schuldner des bisherigen Pfandeigentümers, und diese Schuld tritt an die Stelle des verkauften Pfandes (§ 1247 Satz 2).

6. Unterlassen der Geltendmachung des bedungenen Vorbehalts der Rechtsverwirkung vor dem Schlusse des Versteigerungstermins hat gegenüber dem Schuldner, dem Eigentümer und den übrigen Pfandbeteiligten die gleiche Folge wie die Unterlassung der Aufnahme des Vorbehalts in den Kaufvertrag. Dem Ersteher gegenüber bleibt der Pfandgläubiger als Verkäufer berechtigt, auch später zurückzutreten. Im Verhältnis zum Eigentümer und den sonstigen Berechtigten hebt ein solcher Rücktritt die einmal eingetretenen Rechtsänderungen aber nicht wieder auf.

§ 1239

Der Pfandgläubiger[1]) und der Eigentümer[2]) können bei der Versteigerung mitbieten[3]). Erhält der Pfandgläubiger den Zuschlag, so ist der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen[4]).

Das Gebot des Eigentümers darf zurückgewiesen werden, wenn nicht der Betrag bar erlegt wird. Das gleiche gilt von dem Gebote des Schuldners, wenn das Pfand für eine fremde Schuld haftet[5]).

E I 1173 II 1145; M 3 825—827; P 3 479.

1. Gegen das **Mitbieten des Pfandgläubigers** — natürlich nur des den Verkauf betreibenden Pfandgläubigers — besteht das rechtliche Bedenken, daß er nicht zugleich Käufer und Verkäufer sein, nicht einen Vertrag mit sich selbst schließen kann. § 1239 beseitigt das Bedenken auf dem Wege der Ausnahme. Die Folge davon ist, daß der Pfandgläubiger als Meistbietender, dem der Zuschlag erteilt wird, die Stellung des Erstehers, d. h. des Käufers bekommt und das Meistgebot als Kaufpreis zur sofortigen Barzahlung schuldet. Die Folge ist aber auch, daß er, wenn er auf Grund des Zuschlags die Pfandsache an sich nimmt, die Stellung des „Erwerbers aus rechtmäßiger Veräußerung des Pfandes" erhält (§ 1242). Der Grund, aus dem die Ausnahme zugelassen wird, ist der Vorteil, der darin für Schuldner, Eigentümer und Drittberechtigte liegt und die Erwägung, daß die Öffentlichkeit der Versteigerung üble Folgen hintanhält. Hieraus ist der Schluß gerechtfertigt, daß nicht nur bei der Versteigerung zur Verwirklichung des Pfandrechts nach § 1235 Abs 1, sondern auch bei der Versteigerung wegen Gefahr des Verderbs oder der Wertminderung nach § 1219 der Pfandgläubiger mitbieten darf (BayObLGZ 4, 633).

2. Mitbieten des Eigentümers des Pfandes. Dem meistbietenden Eigentümer könnte entgegengehalten werden, daß es sich für ihn um den Kauf der eigenen Sache handle und dieser unmöglich sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob das erhobene Bedenken schon deshalb unbegründet ist, weil der Eigentümer durch den Kauf nicht das Eigentum des Pfandes, sondern dessen lastenfreien Wiederbesitz erstrebt (M 826) oder deshalb, weil mit der rechtmäßigen Veräußerung das bisherige Eigentum erlischt, der Ersteher also, wenn er Eigentümer war, im gleichen Augenblicke sein früheres Eigentum verliert und ein neues gewinnt (Jacubezky, Bemerkungen S. 262) — denn jedenfalls ist jedes Bedenken gegen die Zulassung des Eigentümers zum Mitbieten durch die Vorschrift des § 1239 beseitigt. Daß der Eigentümer auch im Falle des § 1219 als Mitbieter zuzulassen ist, kann aus den in A 1 angegebenen Gründen nicht zweifelhaft sein. Er ist aber auch beim freihändigen Verkauf nach § 1235 Abs 2 als Käufer zuzulassen.

3. Weitere Vorschriften über den Ausschluß vom Mitbieten vgl. §§ 456, 457.

4. Die geschuldete sofortige Barzahlung an sich selbst zu leisten (s. A 1) ist der Pfandgläubiger als Ersteher nicht verpflichtet. Es treten hinsichtlich seiner Befriedigung und der dinglichen Rechte Dritter am Erlöse die Wirkungen ein, wie wenn er gezahlt hätte, mit der Besonderheit, daß an die Stelle des Erlöses wiederum der Anspruch gegen den Pfandgläubiger als Ersteher tritt (vgl. § 1238 A 5 Satz 3).

5. Die Zurückweisung des Eigentümers und des Schuldners mangels Barzahlung kann bis zur Zuschlagserteilung erfolgen. Der Verpfänder kann nur, wenn er Eigentümer ist oder nach § 1248 als solcher gilt, zurückgewiesen werden. An die Unterlassung der Zurückweisung sind Rechtsnachteile für den Pfandgläubiger vom Gesetze nicht geknüpft, unbeschadet der Vorschrift des § 1238 Abs 2.

§ 1240

Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Gold- oder Silberwerte zugeschlagen werden.

Wird ein genügendes Gebot nicht abgegeben, so kann der Verkauf durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person aus freier Hand zu einem den Gold- oder Silberwert erreichenden Preise erfolgen.

E I 1174 II 1147; M 3 827; P 3 479.

Gold- und Silbersachen, vgl. ZPO § 820. Ausdehnung auf andere Edelmetalle (Platin) ist nicht zulässig. Auf den Feingehalt kommt es nicht an, solange nicht das beigemischte andere Metall derart überwiegt, daß nicht mehr eine Gold- oder Silbersache vorhanden ist. Wann dies der Fall, ist Tatfrage. Die verpfändete Sache muß selbst aus Gold oder Silber sein. Eine Sache, die nur mit Gold oder Silber verziert oder beschlagen ist, zählt nicht hierher, wohl aber eine Sache, die in Gold oder Silber derart gefaßt ist, daß nach der Verkehrsanschauung die Fassung die Hauptsache ist (halbedler oder unedler Stein in goldenem Ringe). Abschätzung des Metallwerts ist — anders als in ZPO § 814 — nicht vorgeschrieben. Bedarf ihrer der Pfandgläubiger, um dem § 1240 zu genügen, so kann er sie auf Pfandkosten vornehmen lassen. Der Wert, der erreicht werden muß, ist der Metallwert zur Zeit der Versteigerung. Gold und Silber in Barren wird in der Regel Markt- oder Börsenpreis haben, daher nach § 1235 Abs 2 behandelt werden können. Sofern dies nicht der Fall, ist § 1240 sinngemäß anzuwenden. Auf die Einhaltung der Vorschriften des § 1240 kann vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung nicht verzichtet werden, ihre Verletzung begründet „Unrechtmäßigkeit" des Pfandverkaufs (§§ 1245, 1243). Werden Gold- oder Silbersachen unter dem Gold- oder Silberwert zugeschlagen, so schützt den gutgläubigen Ersteher § 1244. Bei Verkauf aus freier Hand versagt dieser Schutz nach ausdrücklicher Bestimmung des § 1244.

§ 1241

Der Pfandgläubiger hat den Eigentümer von dem Verkaufe des Pfandes und dem Ergebnis unverzüglich zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung untunlich ist.

E I 1179 II 1148; M 3 830; P 3 480.

Benachrichtigung des Eigentümers vom Verkaufsergebnis. Es genügt die Benachrichtigung des Verpfänders, wenn dieser nach § 1248 als Eigentümer zu gelten hat. Unnötig ist die Benachrichtigung dann, wenn der Eigentümer selbst Ersteher ist. Daß ein Versteigerungs- oder Verkaufsversuch ergebnislos geblieben ist, braucht auch dann nicht mitgeteilt zu werden, wenn der Versteigerungs- oder Verkaufstermin mitgeteilt worden war. Der Schuldner und der Verpfänder als solcher kann keine Mitteilung beanspruchen. Die Ver-

letzung der Benachrichtigungspflicht kann Schadensersatzansprüche zur Folge haben (§ 1243 Abs 2), auf den schon vollzogenen Verkauf hat sie keinen Einfluß. Der Eigentümer kann auf die Benachrichtigung schon vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung verzichten (§ 1245).
Die Vorschrift ist auch auf die Fälle des vorzeitigen Pfandverkaufs nach §§ 1219, 1220, 1221 anzuwenden.

§ 1242

Durch die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes[1]) erlangt der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte[2]). Dies gilt auch dann, wenn dem Pfandgläubiger der Zuschlag erteilt wird[3]).

Pfandrechte an der Sache erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt waren. Das gleiche gilt von einem Nießbrauch, es sei denn, daß er allen Pfandrechten im Range vorgeht[4])[5])[6])[7]).

E I 1180 II 1149; M 3 830, 831; P 3 480.

1. **Rechtmäßige Pfandveräußerung.** Der Gedankengang ist der, daß eine Pfandveräußerung, wenn sie rechtmäßig ist, d. h. unter Einhaltung der für die Rechtmäßigkeit gerade der Pfandveräußerung gegebenen besonderen Vorschriften erfolgt ist, die Wirkung haben soll, wie wenn sie durch den Eigentümer erfolgt wäre. Daß der Veräußernde Pfandgläubiger ist und als solcher zur Veräußerung des Pfandes befugt ist, und daß das von ihm vorgenommene Veräußerungsgeschäft den allgemeinen Vorschriften über die Eigentumsübertragung genügt (§§ 929—931), daß also insoweit den Anforderungen an die Pfandveräußerung entsprochen ist, wird hier vorausgesetzt. Welche besonderen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Pfandveräußerung wesentlich sind, ist im § 1243 ausgesprochen: Fälligkeit der Forderung, für die das Pfandrecht besteht, als Geldforderung (§ 1228 Abs 2), Einhalten der Bedarfsgrenze bei Pfandrecht an mehreren Sachen (§ 1230 Satz 2), öffentliche Versteigerung oder doch Verkauf durch öffentliche Handelsmäkler oder öffentliche Versteigerer zum laufenden Markt- oder Börsenpreis (§ 1235), öffentliche Bekanntmachung von Zeit und Ort der Versteigerung (§ 1237 Satz 1), Einhaltung des Gebots, daß Gold- und Silbersachen nicht unter dem Metallwert abgegeben werden dürfen (§ 1240).

2. **Folge der rechtmäßigen Pfandveräußerung** ist, daß der Erwerber das erwirbt, was er bei der Veräußerung durch den Eigentümer erlangt hätte, nämlich das Eigentum. Soweit Rechte Dritter nicht ohnehin nach Abs 2 erlöschen, greift § 936 ein, und zwar ohne die Beschränkung des § 935. Was nach § 1244 bei dem unrechtmäßigen Pfandverkauf gilt, muß auch bei dem rechtmäßigen gelten.

3. **Der mitbietende Pfandgläubiger selbst erwirbt ebenso durch den Zuschlag.** Damit macht das Gesetz die Lösung der Streitfrage entbehrlich, ob der Pfandgläubiger als Ersteher auf Grund einer unterstellten Eigentumsübertragung oder auf Grund einer vom Gesetze gegebenen Aneignungsbefugnis erwirbt. Der Pfandgläubiger wird als Ersteher durch den Zuschlag Eigentümer, wie wenn er die Sache vom Eigentümer zu Eigentum übertragen erhalten hätte. Auch hier ist natürlich nur der betreibende Pfandgläubiger in Frage. Die Stellung der übrigen unterscheidet sich nicht von der der unbeteiligten Bieter.

4. **Erlöschen der Pfandrechte und des Nießbrauchs.** Es erlöschen alle Pfandrechte an der Sache, mögen sie dem, in dessen Ausübung der Verkauf stattfindet, nachfolgen oder im Range vorgehen. An ihre Stelle treten die gleichen Pfandrechte am Erlös oder, wenn der Pfandgläubiger der Ersteher ist, an der Kaufpreisforderung, deren Schuldner er ist. Vgl. § 1238 A 5. Es erlischt aber auch der Nießbrauch, wenn er nicht den Rang vor allen Pfandrechten hat. Auch er erlischt nicht ohne Ersatz. Der bisherige Nießbraucher an der Sache erlangt nun nach Maßgabe seines Ranges Nießbrauch am Erlös (§ 1067). Ohne Ersatz erlischt nur das Pfandrecht des betreibenden Pfandgläubigers. Ihm fällt der ihn treffende Teil des Erlöses als Eigentum an, seine Forderung gilt als vom (seitherigen) Eigentümer der Sache berichtigt (§ 1247).

5. Die Vorschriften des § 1242 sind auch dann anzuwenden, wenn das Pfand in der Pfandversteigerung von seinem **seitherigen Eigentümer** ersteigert worden ist (§ 1239).

6. **Entsprechende Anwendung.** Auf den Verkauf von Pfändern zufolge gesetzlichen Pfandrechts finden die Vorschriften des § 1242 kraft der Bestimmung des § 1257 entsprechende Anwendung. Aber auch für das Pfändungspfandrecht wird man die Grundsätze der §§ 1242, 1244 insoweit entsprechend anzuwenden haben, als nicht in der ZPO selbst Vorschriften getroffen sind (RG 61, 330).

7. **Pfandrechte an Schiffen.** Registerpfandrechte an Schiffen erlöschen jedoch, wenn das verpfändete Schiff mit Arrest belegt ist und wegen drohender Wertverminderung nach § 930

ZPO nach den Regeln über die Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen versteigert werden muß, durch den Zuschlag nicht. Auf diesen Fall findet nicht § 1242 Abs 2, sondern § 1262 Abs 1 Anwendung (RJA 11, 17).

§ 1243

Die Veräußerung des Pfandes ist nicht rechtmäßig, wenn gegen die Vorschriften des § 1228 Abs 2, des § 1230 Satz 2, des § 1235, des § 1237 Satz 1 oder des § 1240 verstoßen wird[1]).

Verletzt der Pfandgläubiger eine andere für den Verkauf geltende Vorschrift, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt[2]).

E I 1181 II 1150; M 3 831; P 3 482.

1. **Unrechtmäßige Pfandveräußerung,** vgl. § 1242 A 1. Die dinglichen Folgen unrechtmäßiger Pfandveräußerung ergeben sich dahin, daß die im § 1242 bestimmten Folgen des rechtmäßigen Pfandverkaufs nicht eintreten. Der Ersteher erwirbt nicht Eigentum, die dinglichen Rechte an der Pfandsache bleiben bestehen — vorbehaltlich der Folgen, die sich aus der Gutgläubigkeit des Erwerbs nach § 1244 ergeben. Die Erwerber müssen also, soweit sie nicht durch ihren guten Glauben geschützt sind, den Eigentumsansprüchen des Eigentümers und den Ansprüchen der dinglich Berechtigten aus ihren dinglichen Rechten weichen. Es bleiben ihnen aber ihre persönlichen Ansprüche aus dem Kaufe gegen den Pfandgläubiger als Verkäufer (Versteigerer). Sie können insbesondere, wenn es dem Pfandgläubiger unmöglich ist, ihnen das lastenfreie Eigentum der verkauften Sache, wie er verpflichtet ist, zu verschaffen (§ 433), nach § 440 verfahren.

2. **Schadensersatzpflicht bei ordnungswidriger Pfandveräußerung.** Für Schaden, den der Pfandgläubiger durch Verstoß gegen die Vorschriften über die Pfandveräußerung — mögen sie auf Gesetz, Vereinbarung (§ 1245) oder richterlicher Anordnung (§ 1246) beruhen — dem Eigentümer des Pfandes schuldhaft verursacht, haftet er dem Beschädigten auch dann, wenn die Verletzung der Vorschrift die Unrechtmäßigkeit der Pfandveräußerung nicht zur Folge hat. Verschulden umfaßt Vorsatz und Fahrlässigkeit, und zwar nicht nur grobe Fahrlässigkeit (vgl. § 276 A 1, 2).

§ 1244

Wird eine Sache als Pfand veräußert, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht oder den Erfordernissen genügt wird, von denen die Rechtmäßigkeit der Veräußerung abhängt, so finden die Vorschriften der §§ 932 bis 934, 936 entsprechende Anwendung, wenn die Veräußerung nach § 1233 Abs 2 erfolgt ist oder die Vorschriften des § 1235 oder des § 1240 Abs 2 beobachtet worden sind[1]) [2]) [3]) [4]).

E I 1182 II 1151; M 3 831, 832; P 3 482; 6 262.

1. **Gutgläubiger Erwerb des Eigentums durch den Ersteher.** Steht dem Erwerb des Eigentums nach § 1242 im Wege, daß der Veräußerer kein Pfandrecht besessen oder beim Verkaufe für die Rechtmäßigkeit der Veräußerung wesentliche Vorschriften nicht eingehalten hat, oder ist Mangel an beidem, so kann der Mangel durch den guten Glauben des Erwerbers nach § 1244 geheilt werden.

a) Vorausgesetzt ist für die Anwendung des § 1244, daß die Sache als Pfand, d. h. in Ausübung des Pfandrechts veräußert wird. Das geschieht auch bei dem vorzeitigen Pfandverkauf nach §§ 1219f., 1221. Wird die Sache dagegen als Eigensache veräußert, so finden lediglich die Bestimmungen der §§ 932—936 Anwendung.

b) Ist die Sache zwar „als Pfand verkauft", aber nicht auf eine der bevorzugten Arten veräußert, nämlich nicht nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften (§ 1233 Abs 2) — die das Vorhandensein eines vollstreckbaren Schuldtitels für die Forderung nicht erfordern —, nicht im Wege öffentlicher Versteigerung, nicht nach Börsen- oder Marktpreis durch einen öffentlichen Handelsmäkler oder öffentlichen Versteigerer (§ 1235 — oder §§ 1219f., 1221), nicht durch einen öffentlichen Versteigerer nach § 1240 Abs 2, sondern auf anderem, vereinbartem (§ 1245), vom Gerichte nach § 1246 bestimmtem oder willkürlichem Wege, so wird überhaupt kein Schutz für gutgläubigen Erwerb der Pfandsache gewährt. Ist dagegen das Pfand auf eine der vorgenannten bevorzugten Arten des Pfandverkaufs veräußert, was der Erwerber im Streitfalle zu behaupten und zu beweisen hat, so wird der gutgläubige Erwerb nach § 1244 geschützt.

c) Der gute Glaube des Erwerbers muß darin bestehen, daß er von dem Mangel des Pfandrechts des Veräußerers oder der Nichteinhaltung der für die Rechtmäßigkeit der Pfandveräußerung wesentlichen Vorschrift keine Kenntnis gehabt, und daß seine Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat. Dieser gute Glaube wird vermutet. Der Gegner hat zu behaupten und zu beweisen, daß der Erwerber die Kenntnis gehabt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht gehabt hat.

d) Der Schutz erfolgt, wenn auch die übrigen Voraussetzungen der §§ 932, 933, 934, 936 gegeben sind. Dadurch, daß die Pfandsache dem Eigentümer gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen war, wird der Eigentumserwerb durch den Ersteher nicht gehindert, denn § 935 ist nicht für anwendbar erklärt. So kann es kommen, daß der Pfandgläubiger, dem eine gestohlene Sache verpfändet war, zwar deshalb Pfandrechte nicht erlangen konnte, doch bei Fortdauer des guten Glaubens als Selbstersteher bei der Pfandversteigerung Eigentum erwirbt.

e) Durch den unter den vorstehenden Voraussetzungen im guten Glauben gemachten Erwerb wird der Ersteher Eigentümer der Sache, und zwar erlangt er das Eigentum lastenfrei im Sinne des § 1242 Abs 2. Die Pfandrechte erlöschen sämtlich, auch soweit sie ihm bekannt waren, ein Nießbrauch bleibt nur bestehen, wenn er an erster Stelle stand, aber auch dieser erlischt, wenn der Erwerber im guten Glauben erwarb, daß er nicht bestehe.

2. Behandlung des Erlöses für das unrechtmäßig veräußerte, aber auf den gutgläubigen Erwerber übergegangene Pfand. Bestand der durch den guten Glauben des Erstehers geheilte Mangel nicht im Fehlen des Pfandrechts, sondern in der Nichtbeobachtung einer für die Rechtmäßigkeit der Veräußerung wesentlichen Vorschrift bei dem Pfandverkaufe, so kann die Frage entstehen, ob nun dieser Erlös zufolge entsprechender Anwendung des § 1247 Satz 2 in vollem Umfang an die Stelle des Pfandes tritt. Man wird dies bejahen müssen. Denn andernfalls würden die zum Schutze des Eigentümers und der übrigen Berechtigten bestimmten Vorschriften der §§ 1228 Abs 2, 1230 Satz 2, 1235, 1240 Abs 2 gerade zu deren Schaden ausschlagen, was unmöglich beabsichtigt sein kann. Die Schadensersatzansprüche bleiben den Berechtigten außerdem. Der Pfandgläubiger erwirbt zunächst nur ein Pfandrecht an dem ganzen Erlös, kann sich aber daraus befriedigen, wenn er zum Verkauf berechtigt war (§ 1228 Abs 2).

3. Nachträgliche Genehmigung der unrechtmäßigen Veräußerung. Da den Beteiligten freisteht, durch Vereinbarung über ihr Eigentum und ihre dinglichen Rechte an beweglichen Sachen wie über ihre gegenseitigen persönlichen Ansprüche zu verfügen, so können sie selbstverständlich auch nach unrechtmäßiger Pfandveräußerung im Vertragswege den Rechtszustand herstellen, der bestehen würde, wenn die Veräußerung rechtmäßig gewesen wäre, und es ist möglich, eine solche Vereinbarung aus den Worten zu entnehmen, die Beteiligten genehmigten nachträglich jene Abweichung von der Regel. Daß aber eine gleiche Wirkung nachträglich auch durch eine Entscheidung des Gerichts nach § 1246 herbeigeführt werden könnte, ist nicht anzunehmen (vgl. § 1245 A 6).

4. Die Zulässigkeit der entsprechenden Anwendung des § 1244 auf die Fälle der Veräußerung eines Pfandes im Verfolge eines gesetzlichen Pfandrechts ergibt sich aus § 1257. Aber auch die entsprechende Anwendung auf den Verkauf eines Pfändungspfandes ist nicht ausgeschlossen (RG 61, 330).

§ 1245

Der Eigentümer und der Pfandgläubiger können eine von den Vorschriften der §§ 1234 bis 1240 abweichende Art des Pfandverkaufs vereinbaren[1]). Steht einem Dritten an dem Pfande ein Recht zu, das durch die Veräußerung erlischt, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich[2]). Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich[3]).

Auf die Beobachtung der Vorschriften des § 1235, des § 1237 Satz 1 und des § 1240 kann nicht vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung verzichtet werden[4])[5])[6]).

E I 1177 II 1152; M 3 828, 829; P 3 479, 480; 6 391.

1. Vereinbarungen über die Art des Pfandverkaufs sind zugelassen, aber auch nur solche, nicht Vereinbarungen, die eine andere Art der Pfandverwertung bestimmen oder eine solche überhaupt ausschließen. Auch die von den Vorschriften des Gesetzes abweichenden Vereinbarungen über die Art des Pfandverkaufs bedurften besonderer Erlaubnis durch das Gesetz. Denn, insofern das Gesetz selbst anordnet, wie der Pfandverkauf stattzufinden hat, bestimmt es den Inhalt des Pfandrechts. Vereinbarungen über ein anderweitiges Verfahren ändern also, wenn sie eine selbständige, dingliche Wirkung haben und nicht nur die

persönlichen, schuldrechtlichen Verhältnisse der Beteiligten regeln sollen, den Inhalt des Pfandrechts. Die Änderung des Inhalts eines dinglichen Rechtes ist aber grundsätzlich den Beteiligten nicht freigegeben. § 1245 gibt Vereinbarungen dieser Art frei, gestattet also die Abänderung des Inhalts des Pfandrechts mit dinglicher Wirkung und setzt nur für die Abänderung einzelner Bestimmungen im Abs 2 eine zeitliche Schranke. Die in Abs 2 hervorgehobenen Vorschriften decken sich nicht mit den nach § 1243 Abs 1 für den rechtmäßigen Pfandverkauf wesentlichen, denn § 1245 betrifft nur Änderungen der §§ 1234—1240, und § 1243 Abs 1 nennt auch ander Vorschriften. Von diesen enthält § 1230 Satz 2 nachgiebiges und mit dinglicher Wirkung abänderbares Recht (vgl. A 2 das.), § 1228 Abs 2 kann dagegen zuungunsten des Eigentümers überhaupt nicht geändert werden und zu seinen Gunsten nur mit schuldrechtlicher Wirkung (vgl. A 2 das.). Die Vorschrift des § 1229 bleibt von § 1245 ebenfalls unberührt.

Nach § 1245 können der Eigentümer oder der Verwalter im Konkurse über sein Vermögen (**RG** 84, 70) — nicht aber der Verpfänder — mit dem Pfandgläubiger Vereinbarungen jeder Art über das Verkaufsverfahren treffen. Sie können insbesondere bestimmen, daß der Pfandgläubiger berechtigt sein soll, aus freier Hand zu verkaufen, sie können anderseits vereinbaren, daß er nur unter gewissen erschwerenden Voraussetzungen verkaufen, daß die Pfandsache nicht unter einem bestimmten Preise abgegeben werden darf u. a. m. Ein etwaiger Verzicht des Pfandgläubigers auf seine Rechte aus dem Pfandrecht reicht aber nicht weiter, als die Abrede ergibt (**RG** 84, 70). Vereinbarungen, welche Erschwerungen des Verkaufs enthalten, können derart getroffen werden, daß ihre Nichteinhaltung die Unrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs mit allen ihren Wirkungen zur Folge hat, sie können aber auch mit der geringeren Wirkung ausgestattet werden, daß ihre Verletzung nur zu Schadensersatz oder Vertragsstrafzuhlung verpflichtet. Ob eine Vereinbarung im Sinne der vollkommeneren oder der geringeren Wirkung getroffen ist, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein und ist Tatfrage. Vereinbarungen, durch die von der Einhaltung schützender Gesetzesvorschriften befreit wird, werden in der Regel so gemeint sein, daß auch bei Nichteinhaltung der Gesetzesvorschrift die Pfandveräußerung rechtmäßig sein soll. Ist dem Gläubiger durch Vereinbarung gestattet, das Pfand freihändig zu verkaufen, so bleibt ihm diese Befugnis selbst im Konkurse des Pfandeigentümers (**RG** Gruch 48, 409).

2. Zustimmung Dritter. Sie ist wegen der dinglichen Wirkungen der Vereinbarungen erforderlich.

3. Zustimmungserklärung nur gegenüber dem durch die Vereinbarung Begünstigten. Das bedeutet eine Abweichung von § 182 Abs 1. Als Begünstigter wird bei Erleichterungen des Pfandverkaufs der Pfandgläubiger, bei Erschwerungen der Eigentümer anzusehen sein. Die Zustimmung kann nicht nur nach Abschluß der Vereinbarung erfolgen, sondern auch vorher (Einwilligung, § 183). Sie ist nach der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift auch im letzteren Falle unwiderruflich.

4. Einschränkung der gewährten Vereinbarungsfreiheit. Das in Abs 2 enthaltene Verbot, vor Eintritt der Verkaufsberechtigung auf die Schutzvorschriften der §§ 1235, 1237 Satz 1, 1240 zu verzichten, hat nicht nur die Folge, daß trotz des Verzichts die den unverzichtbaren Vorschriften zuwider vorgenommene Veräußerung unrechtmäßig ist, sondern auch die Folge, daß dem Verzichtenden Schadensersatzansprüche so zustehen, wie wenn er nicht verzichtet hätte. Aus § 1245 Abs 2 folgt übrigens auch, daß die in § 1284 zugelassene Vereinbarung erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffen werden darf, vgl. § 1277 Satz 2 (**RG** 90, 255).

5. Der Einfluß von Vereinbarungen über die Art des Pfandverkaufs auf den gutgläubigen Erwerb gestaltet sich je nach dem Inhalte der Vereinbarung verschieden. Ist — nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung — gültig auf die Einhaltung der §§ 1235, 1240 Abs 2 (öffentlicher Verkauf) verzichtet, so läßt dies zwar den freihändigen Verkauf selbst rechtmäßig erscheinen, aber der Erwerber des Pfandes erlangt, wenn dem Veräußerer das Pfandrecht fehlte, trotz guten Glaubens das Eigentum nicht (vgl. § 1244 A 1 b). Sind sonstige Erleichterungen der die Rechtmäßigkeit des Verkaufs bedingenden Gesetzesgebote vereinbart, so kommt die Erweiterung der Rechtmäßigkeit des Verkaufs auch dem gutgläubigen Erwerber zustatten. Die Erleichterungen sind aber dann von dem Erwerber zu behaupten und zu beweisen. Sein guter Glaube an ihr Bestehen genügt nicht. Sind Erschwerungen der Gesetzesvorschriften über die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufs vereinbart, so schadet ihre Nichtbeachtung dem gutgläubigen Erwerber nicht, wenn sie ihm nicht bekannt waren und die Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht.

6. Nachträgliche Vereinbarungen wegen der Folgen der bei der Veräußerung außer acht gelassenen Bestimmungen über die Art der Pfandveräußerung fallen nicht unter § 1244. Sie haben lediglich die Änderung der durch die ordnungswidrige Veräußerung geschaffenen Rechtsverhältnisse zum Gegenstande. Eine rückwirkende Kraft kommt ihnen nicht zu (vgl. § 1244 A 3).

§ 1246

Entspricht eine von den Vorschriften der §§ 1235 bis 1240 abweichende Art des Pfandverkaufs nach billigem Ermessen den Interessen der Beteiligten, so kann jeder von ihnen verlangen, daß der Verkauf in dieser Art erfolgt[1]). Kommt eine Einigung nicht zustande, so entscheidet das Gericht[2]).

E I 1178 II 1153; M 3 829, 830; P 3 479, 480.

1. Vgl. ZPO § 825. § 1234 fällt nicht unter § 1246, weil die Einlösungsfrist dem Eigentümer nicht gegen seinen Willen verkürzt werden soll. **Das Interesse der Beteiligten** braucht nicht für alle gleich groß zu sein. Es genügt, wenn die Sachlage so ist, daß der eine Beteiligte ein billigerweise zu berücksichtigendes Interesse an einer anderen Art des Pfandverkaufs hat, der andere aber in seinem Interesse dadurch nicht beeinträchtigt wird. Der Pfandgläubiger kann an einer anderen Art der Veräußerung des Pfandes, die ihn nicht beschwert, die aber Aussicht auf Erzielung eines wesentlich höheren Preises bietet, unter Umständen kein Interesse haben, weil auch bei gewöhnlicher Pfandversteigerung so viel erzielt wird, daß er gedeckt ist, während die nachstehenden Pfandgläubiger und der Eigentümer ein besonderes Interesse an der Erzielung des hohen Preises haben. Auch in einem solchen Falle wird der Anspruch nach § 1246 gegen den betreibenden Pfandgläubiger bestehen. Als Beteiligte kommen außer dem betreibenden Pfandgläubiger der Eigentümer, andere Pfandgläubiger und sonstige Dritte (z. B. Nießbraucher) in Betracht, deren Recht durch die Veräußerung erlöschen würde.

2. **Die Entscheidung des Gerichts** ist nach FGG § 166 Sache des Amtsgerichts des Ortes, an dem das Pfand aufbewahrt wird. Das Gericht entscheidet im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn tunlich nach Anhörung der Beteiligten. Ein etwa auftauchender Streit über das Recht zum Pfandverkauf gehört nicht zu seiner Zuständigkeit (KGJ 24 A 3). Beschwerde ist zulässig nach FGG §§ 19ff. Die Entscheidung des Gerichts kann, wenn sie einen Verzicht auf die Beobachtung der Vorschriften der §§ 1235, 1237 Satz 1, 1240 in sich schließt, erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung ergehen, wie auch die Einigung in solchem Fall erst nach diesem Zeitpunkt erfolgen kann (§ 1245 Abs 2). Soweit Erschwerungen des Pfandverkaufs auferlegt werden, ist es Sache des Gerichts, zu bestimmen, ob die Nichteinhaltung die Unrechtmäßigkeit der Veräußerung zur Folge haben soll (vgl. § 1245 A 1). Wegen des Einflusses der gerichtlichen Entscheidung auf den gutgläubigen Erwerb des Erstehers vgl. § 1245 A 5. Nach der Pfandveräußerung kann eine gerichtliche Entscheidung zur nachträglichen Rechtfertigung eines abweichenden Verkaufsverfahrens nicht ergehen (vgl. §§ 1244 A 3, 1245 A 6). § 1246 BGB und § 127 KO gelten nebeneinander.

§ 1247

Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt. Im übrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes[1])[2])[3])[4]).

E I 1183 II 1154; M 3 833, 834; P 3 482.

1. **Die Rechtsverhältnisse am Erlöse** sind dahin geregelt, daß der Erlös, soweit er nicht zur Befriedigung des Pfandgläubigers dient, an die Stelle des veräußerten Pfandes tritt. Die Rechtslage gestaltet sich verschieden, je nachdem der Erlös Barerlös ist oder nicht.

a) Barerlös. Nach der — zwingenden — Annahme des Gesetzes zieht der Pfandgläubiger den Erlös für sich ein, soweit er ihm gebührt, für die übrigen Berechtigten, soweit ihm darauf kein Recht zusteht. Sind daher dem Pfandgläubiger vorgehende Rechte an der Sache nicht vorhanden gewesen und reicht der Erlös nur gerade oder nicht einmal aus, um dem Pfandgläubiger für seine Forderung Befriedigung zu verschaffen, so wird der Pfandgläubiger mit der Einziehung sofort Eigentümer des ganzen Erlöses und gilt bis zu dessen Betrag als vom Eigentümer des Pfandes befriedigt. Sind durch den Erlös noch andere, ihm vorgehende oder nachgehende Pfandgläubiger gedeckt oder bleibt ein Überschuß für den Eigentümer, so wird der Pfandgläubiger mit der Einziehung des Erlöses daran Eigentümer, soweit seine Forderung hinter den vorgehenden gedeckt werden kann. Diese sind ihrem Betrage nach festzustellen; vgl. dazu wegen der Zinsen A 3 zu § 1210. Im übrigen erwirbt der Pfandgläubiger an dem Gelde durch die Einziehung Eigentum für den bisherigen Eigentümer des Pfandes (RG 63, 17), und insoweit dieses geschieht, bestehen an diesem Gelde auch die übrigen an der Sache durch den Verkauf erloschenen Pfandrechte. Der Pfandgläubiger erwirbt in solchem Falle Miteigentum am ganzen Erlöse für sich und den vormaligen Pfandeigentümer, wenn er den Erlös ungetrennt in einer Summe entgegennimmt, kann aber die Trennung jederzeit — auch durch Umwechseln — vornehmen. Dadurch scheiden sich die

beiden Massen zu Alleineigentum des Pfandgläubigers und des vormaligen Pfandeigentümers mit der Folge, daß nun die Ersatzpfandrechte nur das dem letzteren gehörige Geld erfassen. Ist die Forderung des Pfandgläubigers, z. B. bei Pfandverkauf für Zinsen, im Augenblicke des Erlöses nur zum Teil fällig, so erlangt er das Eigentum an dem Erlöse durch dessen Einziehung für sich nur soweit, als die fällige Forderung zur Deckung kommt, im übrigen behält er für seine Forderung sein Pfandrecht an dem für den Pfandeigentümer erworbenen Erlösteil und kann sich bei späterem Eintritte der Fälligkeit daraus ohne weiteres befriedigen (vgl. § 1228 A 1). Ist der Pfandgläubiger ganz befriedigt oder wegen vorgehender Rechte ganz ausgefallen, hat er also kein Pfandrecht mehr an dem in seinem Besitze befindlichen Erlös oder Erlösteil, so können die übrigen Pfandgläubiger von ihm auf Grund ihres Pfandrechts, der Eigentümer auf Grund seines Eigentums, die Herausgabe verlangen. Ist ein an der veräußerten Pfandsache bestehender Nießbrauch bei der Veräußerung nicht bestehengeblieben, sondern erloschen (§ 1242 Abs 2), so besteht nunmehr der Nießbrauch an dem Erlöse und es findet, da dieser aus verbrauchbaren Sachen besteht, § 1067 Anwendung. Der auf den Nießbrauch treffende Teil des Erlöses fällt darum dem Nießbraucher als Eigentum zu.

b) Forderung als Erlös. Wird auf Grund besonderer Vereinbarung oder Bestimmung des Gerichts (§§ 1238, 1245, 1246) zulässigerweise das Pfand nicht gegen bar, sondern auf Borg verkauft oder der Kaufpreis nach dem Zuschlage gestundet oder nicht sofort erhoben, so wäre die Annahme möglich, daß bis zur Zahlung überhaupt noch kein Erlös vorhanden ist und die Folgen des § 1247 erst eintreten, wenn die Zahlung erfolgt. Der Gebrauch des Wortes „Erlös" zwingt indessen nicht zu dieser Annahme, die Rücksicht auf das Recht des Eigentümers und der übrigen Pfandgläubiger aber führen zu der Annahme, daß in diesem Falle die Kaufpreisforderung der „Erlös" ist. Demgemäß kommt dem Pfandgläubiger nur äußerlich die Stellung des Alleingläubigers der Kaufpreisforderung zu. Sachlich ist er Alleingläubiger nur soweit, als ihm der Erlös gebührt. Im übrigen ist der Eigentümer Mitgläubiger, und die Pfandrechte, die bisher an der veräußerten Pfandsache bestanden, bestehen nunmehr als Pfandrechte an der Erlösforderung. Man wird aber weiter anzunehmen haben, daß, wenn nicht anders bestimmt ist, der Pfandgläubiger berufen ist, die Kaufpreisforderung bei Fälligkeit einzutreiben, und daß dann das Gezahlte wiederum an die Stelle der Forderung tritt, endgültig als Erlös gilt und als solcher nach § 1247 zu behandeln ist. Ist der Pfandgläubiger selbst der Ersteher, so ist nach § 1239 Abs 1 Satz 2 der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen, wenn ihm der Zuschlag erteilt ist. Dies hat zur unmittelbaren Folge, daß der Pfandgläubiger insoweit, als der Kaufpreis auf seine Pfandforderung fällt, als vom Eigentümer befriedigt gilt, im übrigen aber auf den Restkaufpreis Schuldner bleibt, und zwar Schuldner des Eigentümers, und daß an dieser Forderung nun die Pfandrechte bestehen, die vordem an der Pfandsache bestanden. Auch hier wird man anzunehmen haben, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, den Kaufpreis, soweit er ihm nicht ohnehin gebührt, mit der Wirkung an sich selbst zu zahlen, daß nunmehr das gezahlte Geld als endlicher Erlös an die Stelle des Pfandes tritt. Ganz gleich liegen im Innenverhältnisse unter den Pfandbeteiligten die Fälle, in denen der unbefugt gestundete Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen ist (vgl. §§ 1238 A 5, 1239 A 4).

2. Wegen der **Anwendung des § 1247 auf den Fall der unrechtmäßigen Veräußerung des Pfandes an einen gutgläubigen Erwerber** vgl. § 1244 A 2 und § 1243 A 1.

3. **Die entsprechende Anwendung des § 1247** auf den Verkauf eines gesetzlichen Pfandes ist in § 1257 vorgesehen. Auf die Rechtsverhältnisse des Erlöses aus der Verwirklichung des Pfändungspfandrechts im Wege der Zwangsvollstreckung finden die Vorschriften der ZPO, insbesondere ZPO §§ 819, 827 Anwendung. Dagegen bestimmen sich die Rechtsverhältnisse an dem Erlös einer Pfandsache, die nach § 1233 Abs 2 nach den Vorschriften für den Verkauf einer gepfändeten Sache veräußert ist, ausschließlich nach § 1247.

4. Nach Satz 1 ist es so anzusehen, als ob der Eigentümer die Forderung des Pfandgläubigers berichtigt hat, soweit diesem der Erlös gebührt. Eine weitere Rechtsfolge, wie in dem ähnlichen § 1143, ist daran nicht ausdrücklich geknüpft. § 1249 Satz 2 trifft nicht zu, da er ein Befriedigen des Pfandgläubigers voraussetzt, das den Pfandverkauf gerade vermeidet. Ein **Übergang der Pfandforderung auf den Eigentümer** des verkauften Pfandes läßt sich daher **nicht** begründen. Zur Deckung seines Schadens bleibt ihm gegen den persönlichen Schuldner außer etwaigen Vertragsansprüchen nur ein Bereicherungsanspruch.

§ 1248

[1]) Bei dem Verkaufe des Pfandes[2]) gilt zugunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder als der Eigentümer, es sei denn, daß der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist[3])[4])[5])[6]).

E I 1195 II 1155; M 3 343; P 3 492—494.

1. **Unterstellung des Eigentums des Verpfänders.** Die Möglichkeit, daß der Verpfänder nicht Eigentümer des Pfandes ist, würde den Pfandgläubiger zwingen, im Pfandverkaufsverfahren, in dem er durch die §§ 1234, 1237, 1239, 1241, 1245, 1246 zu Willenserklärungen gegenüber dem Eigentümer veranlaßt ist, stets wieder die Frage zu prüfen, ob der Verpfänder auch der Eigentümer ist. § 1248 enthebt ihn dieser Prüfung. Der Pfandgläubiger soll sich, wenn er nicht vom Gegenteil Kenntnis hatte, darauf verlassen dürfen, daß der Verpfänder der Eigentümer ist; der Eigentümer muß sich zugunsten des Pfandgläubigers gefallen lassen, daß der Verpfänder als Eigentümer behandelt wird.

2. Nur **bei dem Verkaufe des Pfandes** gilt die Regel, nicht auch beim Erwerbe des Pfandrechts — für diesen gelten die Vorschriften der §§ 1207, 1208 —, auch nicht bei dem Erwerbe der Pfandsache aus dem Pfandverkaufe (§ 1239) — für diesen gilt § 1244.

3. **Es sei denn, daß der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist.** Die Fassung ergibt, daß der Gegner des Pfandgläubigers dessen Kenntnis behaupten und beweisen muß. Nur die Kenntnis schließt den Schutz aus, nicht auch die grob fahrlässige Unkenntnis. Der Schutz steht ihm solange zur Seite, als er sich in Unkenntnis befindet. Er braucht also Mitteilungen, die er dem Verpfänder in der irrigen Meinung gemacht hat, dieser sei Eigentümer, später, wenn er erfährt, daß ein anderer Eigentümer war, diesem gegenüber nicht zu wiederholen. Weiß der Pfandgläubiger, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist, und verletzt er gleichwohl bei dem Pfandverkauf die zum Schutz des Eigentümers getroffenen Vorschriften, so macht er sich schadensersatzpflichtig — vorbehaltlich etwaiger Unrechtmäßigkeit des Verkaufs (§ 1243 Abs 1).

4. Die Schutzbestimmung wirkt nur **zugunsten** des Pfandgläubigers. Inwieweit der Verpfänder sich dem Pfandgläubiger gegenüber zugunsten der Behauptung seines Eigentums auf die Tatsache stützen kann, daß er Besitzer des Pfandes ist, ergibt § 1006.

5. Kraft § 1257 ist § 1248 auf den Fall des Verkaufs des gesetzlichen Pfandrechts **entsprechend anzuwenden;** auf das Pfändungspfandrecht leidet er keine Anwendung.

6. Vgl. auch die **ähnliche Bestimmung für den Nießbrauch** in § 1058.

§ 1249

[1]) Wer durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde[2]), kann den Pfandgläubiger befriedigen[3]), sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist[4]). Die Vorschriften des § 268 Abs 2, 3 finden entsprechende Anwendung[5])[6]).

E I 1161—1164 II 1156; M 3 815, 816; P 3 461, 462.

1. **Recht zur Einlösung oder Ablösung des Pfandes** vgl. § 268 (Einlösung in der Zwangsvollstreckung), § 1142 (Recht des Eigentümers zur Einlösung der Hypothek). Das Einlösungsrecht des § 1249 ist dinglicher Art. Auf seine Verletzung trifft § 823 Abs 1 zu.

2. **Wer durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde.** In Betracht kommt in erster Reihe der Eigentümer des Pfandes. Er scheidet jedoch dann aus, wenn er der persönliche Schuldner ist. Denn durch dessen Zahlung erlischt die Forderung und damit das Pfandrecht (§ 1252). Der Pfandeigentümer, der zugleich Bürge ist und als solcher kein Einlösungsrecht hat (**RG** 53, 403), kann dagegen das Einlösungsrecht geltend machen, denn durch die Zahlung des Bürgen erlischt die Forderung gegen den Hauptschuldner nicht (§ 774). Sodann genießt das Recht des § 1249 jeder dinglich Berechtigte, auch wenn er für die Forderung mithaftet und durch die Zahlung zugleich seine eigene Schuld bezahlen will und bezahlt (**RG** 70, 409), namentlich aber der Nießbraucher, wenn er nicht an erster Stelle steht und also vor dem Erlöschen seines Rechtes durch die Pfandveräußerung nicht geschützt ist (§ 1242 Abs 2), endlich jeder andere Pfandgläubiger, mag er dem abzulösenden vorgehen oder nachgehen. Ob auch der Inhaber eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts zur Ablösung befugt ist, bleibt zweifelhaft. Denn ein Recht „am Pfand" hat er strenggenommen nicht. Nicht einlösungsberechtigt ist der Besitzer als solcher; auch der Eigentümer eines Grundstücks soll es nicht sein gegenüber dem Pfandrecht an einer darauf ruhenden Hypothek, weil deren Veräußerung ihm ein Recht nicht entziehen würde (**RG JW** 03 Beil 55[126]). Wer nur an einem Teil der Pfänder ein Recht hat, dessen Verlust droht, ist zur vollen Leistung verpflichtet, aber auch berechtigt; ihm sind sämtliche Pfänder auszuhändigen (**RG** 83, 391).

3. **Das Recht, den Pfandgläubiger zu befriedigen,** kann, abweichend von § 267, im Falle des § 1249 auch gegen den Widerspruch von Gläubiger und Schuldner ausgeübt werden (**RG** 83, 392).

4. **Sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist.** Es ist weder vorausgesetzt, daß der Pfandverkauf schon angedroht oder im Gange ist, noch daß die Schuld fällig, also die Ver-

kaufsberechtigung des Pfandgläubigers eingetreten ist. Von Wichtigkeit ist dies dann, wenn eine Schuld vereinbarungsgemäß vor einem bestimmten Zeitpunkte nicht zurückverlangt, aber jederzeit freiwillig zurückgezahlt werden kann. Hiernach wird auch zu beantworten sein, ob eine Teilablösung zulässig ist (§ 266). Ist die Zulässigkeit von Teilleistungen vereinbart oder handelt es sich wie bei Zinsen zu nichtfälliger Hauptforderung nicht um eigentliche Teilleistungen im Sinne des § 266, so ist auch die Teilablösung, mit dem Beding jedoch des Vorrechts des Pfandrechts für den Überrest, zulässig.

5. Wegen der **Befriedigung durch Hinterlegung oder Aufrechnung** vgl. §§ 1224, 268 Abs 2.

6. **Übergang der Forderung auf den Einlösenden** ist nach § 268 Abs 3 die Folge der Einlösung. Mit der Forderung aber geht auch ohne weiteres das Pfandrecht auf den Einlösenden über (§§ 401, 1250).

7. **Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden,** also nicht derart, daß dabei ein anderes dem Gläubiger zustehendes Recht verloren geht (Zurückbehaltungsrecht), oder sonst Schaden entsteht (z. B. bei Geltendmachung, nachdem schon der Pfandverkauf stattgefunden und Verpflichtungen des Pfandgläubigers als Verkäufers begründet hat).

8. **Über das Recht des Verpfänders, den Pfandgläubiger zu befriedigen** und dagegen Herausgabe des Pfandes zu verlangen, vgl. § 1223 Abs 2.

9. **Entsprechende Anwendung** auf das gesetzliche Pfandrecht ist in § 1257 bestimmt, entsprechende Anwendung auf das Recht der Haftung der zollpflichtigen Ware für die Zollschuld nach § 14 des Vereinszollgesetzes in der Rechtsprechung anerkannt (**RG** 67, 214; 70, 405).

§ 1250

Mit der Übertragung der Forderung geht das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über. Das Pfandrecht kann nicht ohne die Forderung übertragen werden[1]**.**

Wird bei der Übertragung der Forderung der Übergang des Pfandrechts ausgeschlossen, so erlischt das Pfandrecht[2]**.**

E I 1186, 1190 II 1157; M 3 836—838; P 3 483, 487.

1. **Übergang des Pfandrechts.** Die schuldrechtlichen Vorschriften der §§ 401, 412 werden für das Pfandrecht mit dinglicher Wirkung wiederholt. Hierbei zeigt sich die Unselbständigkeit des Pfandrechts (Akzessorietät). Das Pfandrecht kann überhaupt nicht selbständig übertragen werden. Der Übergang des Pfandrechts vollzieht sich ohne weiteres von Gesetzes wegen mit der Übertragung der Forderung, gleichviel ob diese selbst durch Rechtsgeschäft übertragen wird (§§ 398 ff.) oder kraft Gesetzes (§ 412) oder durch gerichtlichen Beschluß (Überweisung, ZPO § 835). Es bedarf, um den Übergang des Pfandrechts zu bewirken, nicht der Übertragung des Pfandbesitzes. Der gute Glaube des Erwerbers der Forderung an das Bestehen eines tatsächlich nicht vorhandenen Pfandrechts wird vom Gesetz nicht geschützt.

2. **Die Ausschließung des Übergangs des Pfandrechts** ist — anders als bei der Hypothek (§ 1153 Abs 2) — zulässig, sie kommt aber in ihrer Wirkung der Aufhebung des Pfandrechts gleich. Man wird daher den allgemeinen Grundsatz, daß es zur Aufhebung belasteter Rechte der Zustimmung des an ihnen Berechtigten bedarf, der auch für das Pfandrecht in § 1255 Abs 2 Anerkennung gefunden hat, auch hier anwenden und für den Fall, daß das Pfandrecht, dessen Mitübergang ausgeschlossen werden soll, mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, die Zustimmung dieses Dritten für erforderlich erklären müssen. Mangels der Zustimmung ist die Ausschließung des Übergangs des Pfandrechts unwirksam und das Pfandrecht geht mit über. Während die Ausschließung des Übergangs des Pfandrechts Erlöschen des Rechtes zur Folge hat, tritt eine solche Folge dann nicht ein, wenn sich der bisherige Pfandgläubiger — wie er wenigstens mit Wirkung gegenüber dem Erwerber der Forderung kann — lediglich den Besitz des Pfandes vorbehält.

§ 1251

Der neue Pfandgläubiger kann von dem bisherigen Pfandgläubiger die Herausgabe des Pfandes verlangen[1]**.**

Mit der Erlangung des Besitzes tritt der neue Pfandgläubiger an Stelle des bisherigen Pfandgläubigers in die mit dem Pfandrechte verbundenen Verpflichtungen gegen den Verpfänder ein[2]**. Erfüllt er die Verpflichtungen nicht, so haftet für den von ihm zu ersetzenden Schaden der bisherige Pfand-**

gläubiger wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat[3]). Die Haftung des bisherigen Pfandgläubigers tritt nicht ein, wenn die Forderung kraft Gesetzes auf den neuen Pfandgläubiger übergeht oder ihm auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung abgetreten wird[4]).

E I 1187 II 1158; M 3 837, 838; P 3 483—485.

1. Anspruch des neuen Pfandgläubigers auf Herausgabe des Pfandes. Die Vorschrift entspricht den §§ 1227, 985. Der Anspruch geht nicht stets und notwendigerweise auf Verschaffung des unmittelbaren Besitzes. Der neue Pfandgläubiger wird vielmehr vom bisherigen keinen andern Besitz verlangen können, als dieser selbst vom Verpfänder eingeräumt erhalten hat und übertragen kann, also nur mittelbaren Besitz, wenn der bisherige Gläubiger das Pfand nach § 1205 Abs 2 bestellt erhalten hat, nur die Einräumung des Mitbesitzes und Mitverschlusses im Falle des § 1206. Der neue Pfandgläubiger wird aber auch, wenn das Pfand gemäß § 1217 hinterlegt oder in Verwahrung gegeben ist, vom bisherigen Pfandgläubiger nicht mehr beanspruchen können, als daß dieser ihm gegenüber der Hinterlegungsstelle oder dem Verwahrer die gleiche Stellung einräumt, wie er sie bis dahin besessen hat.

2. Eintritt des neuen Pfandgläubigers in die Verpflichtungen des bisherigen. Es handelt sich um die Verpflichtungen, die dem bisherigen Pfandgläubiger aus dem Pfandbestellungsvertrage persönlich erwachsen sind, nämlich die Pflicht zur Verwahrung des Pfandes, zur Sorge für die Gewinnung der Nutzungen des Nutzungspfandes, die Pflicht zur Rückgabe des Pfandes (§§ 1214, 1215, 1223). Ihrer wird der bisherige Pfandgläubiger durch den Übergang des Pfandrechts auf den neuen Gläubiger nicht ohne weiteres ledig. Sie gehen aber von Gesetzes wegen auf den neuen Pfandgläubiger von dem Augenblick an über, in dem er den (mittelbaren oder unmittelbaren) Besitz des Pfandes erlangt. Streit ist darüber, ob der neue Pfandgläubiger auch in die Rechtslage eintritt, in die sich der bisherige durch hartnäckige Verletzung der Rechte des Verpfänders gebracht hat. Darüber, daß die erwachsenen Schadensersatzansprüche nur den Schadenszufüger persönlich treffen, ist man einig, nicht aber darüber, ob § 1217 auf Grund der Verfehlungen des früheren Pfandgläubigers gegen den neuen angewendet werden kann. Man wird unterscheiden müssen: Sofern schon dem § 1217 zufolge das Pfand hinterlegt oder einem Verwahrer übergeben ist, liegt ein fertiger Dauerzustand vor, mit dessen Fortbestand sich der neue Pfandgläubiger bei seinem Erwerbe begnügen muß. Wie er vom bisherigen Pfandgläubiger nicht eine Beseitigung dieses Zustandes und Verschaffung des unmittelbaren Besitzes verlangen kann (vgl. A 1), so hat er auch gegen den Verpfänder keinen Anspruch auf eine Änderung. Sofern jedoch eine Änderung des Besitzstandes bei dem früheren Pfandgläubiger bis zur Erlangung des Besitzes durch den neuen noch nicht eingetreten ist, kann dieser auf Grund des § 1217 zur Hinterlegung oder Ablieferung an einen Verwahrer nur dann angehalten werden, wenn er *selbst* sich Verletzungen der in § 1217 bezeichneten Art hat zuschulden kommen lassen. Denn der Anspruch aus § 1217 beruht auf der persönlichen Vertrauensunwürdigkeit des Pfandgläubigers und ist deshalb seiner Art nach eines Übergangs von einem auf den andern nicht fähig.

3. Gesetzliche Bürgschaft des bisherigen Pfandgläubigers für die Schadensersatzverbindlichkeit des neuen (vgl. §§ 767 ff.). Der bisherige Pfandgläubiger kann sich dieser Verpflichtung dadurch entziehen, daß er sich den Besitz des Pfandes vorbehält (vgl. § 1250 A 2).

4. Der Ausschluß der Bürgschaft beruht auf Billigkeitsgründen, weil in den aufgeführten Fällen dem Pfandgläubiger die Forderung mit dem Pfandrecht schlechthin entzogen wird, ohne daß er sich auch nur den Pfandbesitz vorbehalten kann. Wird die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung in der Zwangsvollstreckung überwiesen (§ 835 ZPO), so haftet der bisherige Pfandgläubiger, doch steht ihm die Einrede aus § 838 ZPO zur Seite.

§ 1252

Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht[1—6]).

E I 1192 II 1159; M 3 840, 841; P 3 490, 491.

1. Erlöschen des Pfandrechts. In den §§ 1252, 1253, 1255, 1256 sind nicht alle Fälle des Erlöschens des Pfandrechts behandelt. In Betracht kommt außerdem noch als Erlöschungsgrund der Untergang der Pfandsache (**RG** 13. 2. 06 VII 238/05; **RG** 95, 185), so z. B. auch das Erlöschen einer Hypothek, an der ein Pfandrecht bestand, durch Zwangsversteigerung, das Erlöschen in den Fällen der Verarbeitung, Verbindung, Vermischung der Pfandsache (§§ 949, 950), das Erlöschen durch die Veräußerung des Pfandes beim Pfandverkauf (§ 1242 Abs 2), das Erlöschen im Falle des Fundes (§ 973), im Falle der Ersitzung (§ 945) u. a. m. Dauernde Wertlosigkeit einer Aktie steht ihrem Untergang rechtlich gleich (**RG** 95, 185).

2. Erlöschen mit der Forderung. Die Regel kennt keine Ausnahme. Eine Ausnahme liegt insbesondere darin nicht, daß bei Bestellung des Pfandrechts für die Forderungen aus

einer Geschäftsverbindung (Kontokorrent) oder in ähnlichen Fällen das Pfand trotz der Begleichung einzelner Forderungen, ja selbst nach Begleichung aller Forderungen forthaftet. In Wirklichkeit erlischt hier das Pfandrecht für die einzelnen entstandenen Forderungen mit deren Erlöschen und es besteht dann nur noch das Pfandrecht für die künftig entstehenden. Das gleiche gilt auch für den Fall, daß ein Pfandrecht für eine Forderung und die bei deren Erlöschen (z. B. durch Unmöglichwerden der Leistung) an ihre Stelle tretende Ersatzforderung bestellt ist.

3. Die **verjährte Forderung** ist nicht erloschen. Das für sie bestellte Pfandrecht bleibt daher bestehen (§ 223). Der besonderen Ausnahmebestimmung zufolge erlischt jedoch das Pfandrecht für verjährte Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen (§ 223 Abs 3).

4. Ein **Wiederaufleben der Forderung,** wenn solches nach dem Gesetze mit rückwirkender Kraft derart stattfindet, daß das Erlöschen als nicht erfolgt zu gelten hat, erstreckt sich in seiner Wirkung auch auf das Pfandrecht. So, wenn die zur Befriedigung des Gläubigers gemachte Zahlung später mit Erfolg angefochten und zurückgewährt worden ist (RG 3, 208).

5. **Beweislast.** Das Erlöschen der Forderung hat derjenige zu behaupten und zu beweisen, der das Erlöschen des Pfandrechts geltend macht.

6. **Übergangsrecht.** Hatte ein vor dem Inkrafttreten des BGB entstandenes Pfandrecht nach dem damals maßgebenden Rechte den Inhalt, daß es auch ohne Forderung bestehen und fortbestehen konnte, so findet, auch wenn das Erlöschen der Forderung nach dem Inkrafttreten des BGB erfolgt, § 1252 auf dieses Pfandrecht keine Anwendung (EG Art 184, RG JW 02 Beil 170).

§ 1253

[1]) **Das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt[2] [4]). Der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts ist unwirksam.**

Ist das Pfand im Besitze des Verpfänders oder des Eigentümers, so wird vermutet, daß das Pfand ihm von dem Pfandgläubiger zurückgegeben worden sei[5]). Diese Vermutung gilt auch dann, wenn sich das Pfand im Besitz eines Dritten befindet, der den Besitz nach der Entstehung des Pfandrechts von dem Verpfänder oder dem Eigentümer erlangt hat[6]).

E I 1191 II 1160; M 3 839, 840; P 3 487—490.

1. **Rückgabe des Pfandes als Erlöschungsgrund.** Die Vorschrift hat ihren rechtlichen Grund darin, daß das Gesetz eine Pfandrechtsbestellung unter Besitzvorbehalt (§ 930) abgelehnt hat. Deshalb läßt schon die Tatsache der Rückgabe des Pfandes das Pfandrecht erlöschen, ohne daß es der Vermutung eines durch die Rückgabe erklärten Verzichts auf das Pfandrecht (vgl. § 1255) bedarf (RG 57, 325; RG Warn 1912 Nr 261). Das Gesetz sieht vom Zwecke der Rückgabe vollkommen ab. Die Wirkung des § 1253 tritt ein, auch wenn das Pfand ernstlich nur leihweise zurückgegeben wird oder wenn Kuxe dem Verpfänder wieder ausgehändigt werden, damit er sie bei dem Grubenvorstand auf seinen Namen umschreiben läßt (RG 26. 10. 15 III 125/15). Ebenso tritt sie ein, wenn die Rückgabe infolge Irrtums im Beweggrund, infolge arglistiger Täuschung durch den Schuldner, den Verpfänder oder den Eigentümer erfolgt ist — all das unbeschadet der Pflicht des Schadenstifters oder Bereicherten, das Pfand von neuem zu bestellen oder Ersatz zu leisten (RG JW 1912, 459[6]). Immer aber ist der Wille der Besitzüberlassung an den Verpfänder erforderlich (RG JW 1912, 911[7]). Er ist nicht vorhanden, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Pfandschuldner als Vertreter eines anderen Gläubigers herausgibt, dem ein Zweitpfandrecht bestellt werden soll, und dieser dann das Pfand zugleich für den Erstpfandgläubiger in Besitz nimmt (RG 18. 4. 13 VII 10/13), oder wenn ein Pfleger minderjähriger Kinder, denen der Vater Hypotheken verpfändet hat, die Briefe dem Vater zur Aufbewahrung für die Kinder zurückgibt.

Die Rückgabe ist Wiedereinräumung des Alleinbesitzes, Übergabe an den, der früher schon besaß. Es greifen daher für sie alle die Grundsätze Platz, die für die Übergabe in § 1205 A 5 entwickelt sind. Vgl. auch § 1223 A 1. Gleichgültig ist, ob der wiedereingeräumte Alleinbesitz mittelbarer oder unmittelbarer Besitz ist. Auch der Fortfall beschränkenden Mitbesitzes des Pfandgläubigers genügt (RG 92, 267). Körperliche Übergabe der Sache ist nicht nötig (RG 67, 423). Die Rückgabe eines Pfandes, das ein Dritter für den Pfandgläubiger oder für diesen und den Verpfänder zusammen verwahrt, kann in der Vereinbarung zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder liegen, daß nunmehr der letztere allein den Anspruch auf Herausgabe haben soll, und in der Anweisung des Pfandgläubigers an den Verwahrer, nun an den Verpfänder allein herauszugeben, die „Rückgabe" einer im Mitverschlusse des

Pfandgläubigers und des Verpfänders befindlichen Sache darin, daß der Pfandgläubiger seinen Schlüssel dem Verpfänder überläßt. Immer aber muß es sich um eine wirkliche Besitzüberlassung handeln (RGSt 48, 244). Der Pfandgläubiger muß den Besitz der Pfandsache aufgegeben und sie mit dem Willen der Besitzüberlassung dem Verpfänder hingegeben und dieser muß sie in Besitz genommen haben (RG Warn 1912 Nr 261, 394; 1914 Nr 58). Erhält der Verpfänder oder Eigentümer die Pfandsache nur in der Eigenschaft eines Besitzdieners des Pfandgläubigers, so erlischt, vorausgesetzt, daß wirklich ein ernstliches und echtes Besitzdienerverhältnis nach § 855 vorliegt, das Pfandrecht nicht. So ist es möglich, daß der Pfandgläubiger den Verpfänder als Angestellten zum Verkaufe der verpfändeten Sachen verwendet, ohne dadurch sein Pfandrecht zu verlieren. Wird das Pfand ohne Zustimmung des Pfandgläubigers zurückgegeben, so besteht das Pfandrecht ausnahmsweise trotz fehlenden Besitzes und fehlender Erkennbarkeit weiter (RG 57, 325; RG Warn 1914 Nr 58). Trotz fortdauernden Besitzes erlischt das Pfandrecht, wenn der Pfandbesitz nur für einen bestimmten Zeitabschnitt übertragen war und der Pfandgläubiger das Pfand vertragswidrig länger zurückbehält (RG 31. 3. 14 VII 8/14).

2. Das Pfandrecht erlischt sowohl bei Rückgabe **an den Eigentümer** als auch bei Rückgabe **an den Verpfänder,** und zwar in letzterem Falle selbst dann, wenn der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht Eigentümer ist. Hat aber der Verpfänder, der auch Eigentümer war, nach der Verpfändung die Pfandsache einem anderen übereignet und davon den Pfandgläubiger in Kenntnis gesetzt, so wird er auch als Verpfänder im Sinne des § 1253 nicht mehr in Betracht kommen können. Die Rückgabe braucht nicht an den Verpfänder oder Eigentümer selbst zu erfolgen. Das Pfandrecht erlischt auch, wenn das Pfand statt an ihn auf seine Anweisung oder mit seiner Zustimmung für ihn an einen Dritten ausgehändigt wird (RG JW 1912, 459[6]; RG 92, 267).

3. **Rückgabe im Wege der Zwangsvollstreckung.** Nimmt der Gerichtsvollzieher nach ZPO § 883 das Pfand dem Pfandgläubiger weg und übergibt es dem Verpfänder oder Eigentümer, so steht dies der Rückgabe gleich.

4. Gibt der Verpfänder oder Eigentümer die ihm vom Pfandgläubiger zurückgegebenen Pfandsachen dem Pfandgläubiger wiederum zurück (z. B., wenn er sie geliehen erhalten hatte), so führt dies nicht zum **Wiederaufleben des Pfandrechts.** Es kann und wird sehr häufig aber darin eine neuerliche Bestellung des Pfandrechts liegen. Dies selbst dann, wenn etwa der Verpfänder und Pfandgläubiger irrtümlich angenommen haben sollten, daß das frühere Pfandrecht nicht erloschen sei. Denn beide Teile werden in solchen Fällen bei der Rückgabe an den Pfandgläubiger darüber einig sein, daß ihm das Pfandrecht zustehen soll.

5. Die **Vermutung** ist durch Gegenbeweis **entkräftbar.** Der Umstand, daß der Verpfänder nach der Verpfändung zeitweilig das Pfand in Händen hatte, begründet, wenn er es nicht mehr hat, die Vermutung nicht. Die Beweislast für das Zurückgeben obliegt also in solchem Falle dem, der das Erlöschen des Pfandrechts behauptet (RG JW 1912, 911[7]).

6. **Entsprechende Anwendung** finden die Vorschriften des § 1253 auf das gesetzliche Pfandrecht (§ 1257), soweit dieses den Besitz des Pfandgläubigers voraussetzt. Sie finden aber auch entsprechende Anwendung auf das Pfändungspfandrecht. Das Pfandrecht erlischt also, wenn der Schuldner die von dem Gerichtsvollzieher in Gewahrsam genommenen Sachen von dem Gläubiger oder dem für ihn tätigen Gerichtsvollzieher zurückerhält. In der Rechtsprechung ist weiterhin angenommen, daß die Wegnahme der Pfandzeichen von den nach ZPO § 808 im Gewahrsam des Schuldners belassenen gepfändeten Gegenständen durch den Gläubiger und die Einwilligung des Gläubigers zur Wegnahme der Rückgabe des Pfandes im Sinne des § 1253 gleichstehen und zum Erlöschen des Pfandrechts führen (RG 57, 323).

§ 1254

Steht dem Pfandrecht eine Einrede entgegen[1]), durch welche die Geltendmachung des Pfandrechts dauernd ausgeschlossen wird, so kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes verlangen[2]). Das gleiche Recht hat der Eigentümer[3])[4]).

E I 1192 II 1161; M 3 841; P 3 490—493.

1. **Dem Pfandrecht entgegenstehende Einreden** sind einmal solche Einreden, die sich nur auf das Pfandrecht, nicht auch auf die gesicherte Forderung beziehen, sodann aber auch solche Einreden, die gegen die Forderung bestehen, soweit sie nach § 1211 vom Verpfänder gegen den Pfandgläubiger geltend gemacht werden können. Nicht entgegensteht dem Pfandrechte die Einrede der Verjährung der Forderung nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 223. Daß die Einreden vom persönlichen Schuldner geltend gemacht sind, ist nicht Voraussetzung des § 1254. Selbst der Verzicht des persönlichen Schuldners entzieht die Einrede dem Verpfänder nicht (§ 1211 Abs 2).

2. **Die Klage auf Rückgabe des Pfandes** ist vom Verpfänder mit der Behauptung zu stützen, daß der Geltendmachung des Pfandrechts eine persönliche Einrede entgegensteht. Der Verpfänder trägt dafür die Beweislast. Das Pfandrecht erlischt erst mit der Rückgabe des Pfandes nach § 1253.

3. Dem **Eigentümer** stehen kraft des § 1254 dieselben persönlichen Einreden gegen das Pfandrecht zu wie dem Verpfänder. Er kann also insbesondere auch den § 1211 und mit ihm die dort dem Verpfänder gegebenen Einreden des Schuldners geltend machen. Seine Prozeßlage ist gegenüber der des Verpfänders insofern günstiger, als er zunächst nur sein Eigentum zu behaupten und zu beweisen hat und abwarten kann, ob der Pfandgläubiger ihm sein Pfandrecht entgegenhält und beweist. Geschieht aber dies, so kommt der Eigentümer auch im Rechtsstreit in die gleiche Lage wie der Verpfänder; denn nun hat er ebenfalls zu behaupten und zu beweisen, daß die persönliche Einrede gegen das Pfandrecht besteht. Verlangen beide Berechtigte, Eigentümer und Verpfänder, die Herausgabe, so kann der Pfandgläubiger nach seinem Belieben an jeden von ihnen leisten (§ 428).

4. Vgl. auch § 1169 und die Bemerkungen dazu.

§ 1255

[1]) Zur Aufhebung des Pfandrechts durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer[2]), daß er das Pfandrecht aufgebe.

Ist das Pfandrecht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist die Zustimmung des Dritten[3]) erforderlich. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich.

E I 1189 II 1162; M 3 838; P 3 487.

1. **Erlöschen des Pfandrechts durch Verzicht.** Das Pfandrecht erlischt schon durch einseitige Verzichtserklärung. Es bedarf nicht der Annahme des Verzichts, keines Verzichtsvertrags. Das Pfandrecht erlischt durch die Erklärung selbst gegen den Willen des Verpfänders oder Eigentümers. Auch der Rückgabe bedarf es nicht. Erfolgt die Rückgabe zum Zwecke der Aufhebung des Pfandrechts, so erlischt dieses nach § 1253. Scheitert aber der Versuch der zu diesem Zweck unternommenen Rückgabe an der Annahmeweigerung des Verpfänders oder Eigentümers, so kann in dem Versuch der Rückgabe eine rechtsgeschäftliche Aufhebung des Pfandrechts durch einseitigen Verzicht liegen.

2. **Gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer.** Die Erklärung gegenüber dem Verpfänder wirkt selbst dann, wenn der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist.

3. **Zustimmung des Dritten.** Abweichend von den §§ 182—184 ist bestimmt, daß die Zustimmung unwiderruflich ist und nur gegenüber dem Begünstigten erklärt werden kann. Über entsprechende Anwendung des § 1255 Abs 2 auf den Fall des Ausschlusses des Übergangs des Pfandrechts vgl. § 1250 A 2. Der Pfandgläubiger kann die Vorschrift des § 1255 dadurch umgehen, daß er das Pfand zurückgibt (§ 1253). Die Rückgabe kann jedoch Schadensersatzansprüche und Bereicherungsansprüche des Dritten begründen.

§ 1256

Das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft[1]). Das Erlöschen tritt nicht ein, solange die Forderung, für welche das Pfandrecht besteht, mit dem Rechte eines Dritten belastet ist[2]).

Das Pfandrecht gilt als nicht erloschen[3]), soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat[4]).

E I 1193 II 1163; M 3 842; P 3 492.

1. Das **Zusammentreffen von Pfandrecht und Eigentum** kann dadurch erfolgen, daß der Eigentümer des Pfandes die Forderung erwirbt, oder dadurch, daß der Pfandgläubiger das Eigentum des Pfandes erlangt.

2. Das **Recht des Dritten** hindert das Erlöschen des Pfandrechts auch dann, wenn sich Forderung und Schuld in einer Person vereinigen, es hindert das Erlöschen aber stets nur auf Zeit; das Pfandrecht erlischt in diesem Falle in dem Augenblick, in dem das Recht des Dritten in Wegfall kommt, sofern sich in diesem Zeitpunkt Eigentum und Pfandrecht noch vereinigt finden.

3. Das **Pfandrecht gilt als nicht erloschen,** d. h. es ist zwar erloschen, aber es ist, insoweit als das geschützte Interesse des Eigentümers vorhanden ist, so zu behandeln, als ob es nicht

erloschen wäre (unechtes Eigentümerpfandrecht). Ein Recht zum Pfandverkauf hat der Eigentümer trotzdem nicht. Vereinigen sich Forderung und Schuld in einer Person, so ist Abs 2 unanwendbar. Die Forderung geht unter, ohne sie kann das Pfandrecht nicht bestehen.

4. **Rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts** kann der Eigentümer dann haben, wenn nach dem Pfandrechte, das durch die Vereinigung von Eigentum und Pfandrecht erlöschen soll, noch weitere Rechte (Nießbrauch, Pfandrecht) an der Pfandsache bestehen. Denn diese würden beim Erlöschen des vorgehenden Pfandrechts vorrücken und auf Kosten der Aussichten des Eigentümers bessere Aussichten auf Deckung beim Pfandverkaufe haben (RG Warn 1914 Nr 98).

§ 1257

Die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht finden auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung[1—3]).

E II 1164.

1. **Kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht, gesetzliches Pfandrecht.** Dahin zählen insbesondere die gesetzlichen Pfandrechte des BGB: das des Vermieters (§ 559), das des Verpächters und des Pächters (§§ 585, 590), des Gastwirts (§ 704), des Werkunternehmers (§ 647) und die bei der Hinterlegung entstehenden gesetzlichen Pfandrechte (§ 233); ferner die gesetzlichen Pfandrechte des HGB, nämlich das des Kommissionärs, Spediteurs. Lagerhalters, Frachtführers (§§ 397, 410, 421, 440), des Seeverfrachters (§§ 623, 674), der Seeschiffsgläubiger (§ 755) und die gesetzlichen Pfandrechte für Havariebeiträge (§§ 725, 731) und für Bergungs- und Hilfekosten (§ 751), endlich die auf anderen Gesetzen beruhenden Pfandrechte, wie die gesetzlichen Pfandrechte der Binnenschiffsgläubiger nach BinnenSchG §§ 102, 103. Auch die Haftung der zollpflichtigen Ware für den darauf ruhenden Zoll (Vereinszollgesetz vom 1. 7. 69 §§ 14, 100) ist von der Rechtsprechung hierher gezogen worden (RG 67, 214; 70, 405). Nach dem Willen der Beteiligten im einzelnen Falle ist zu entscheiden, ob darin, daß der Eigentümer die dem gesetzlichen Pfandrecht unterliegenden Sachen dem Pfandgläubiger übergibt, eine Aufhebung des gesetzlichen Pfandrechts und Neubestellung eines Vertragspfandrechts liegt oder nur die Besitzübertragung zur Verwirklichung des gesetzlichen Pfandrechts.

2. **Entsprechende Anwendung der Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht.** Streit ist darüber, ob nach § 1257 alle Vorschriften über das rechtsgeschäftliche Pfandrecht auf das gesetzliche entsprechend anzuwenden sind oder nur die Vorschriften über das schon bestehende rechtsgeschäftliche Pfandrecht, nicht auch die Vorschriften über die Entstehung des Pfandrechts, zu denen insbesondere auch die Vorschriften über den Erwerb vom Unberechtigten auf Grund des guten Glaubens gehören. Überwiegend wird mit Rücksicht auf die Fassung des § 1257 die weitergehende Meinung verneint. Dem ist beizutreten (RG 7. 7. 16 VII 138/16). Für den Rang eines gesetzlichen Pfandrechts, sei es im Verhältnis zu anderen gesetzlichen, sei es im Verhältnis zu ander n Vertragspfandrechten ist also lediglich die Zeit der Entstehung maßgebend (§ 1209). § 1208 ist unanwendbar (RG 26. 10. 04 I 258/04). Zu beachten ist jedoch, daß § 1257 zwar die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das bestellte Pfandrecht gebietet, dadurch aber nicht zugleich die entsprechende Anwendung der übrigen Vorschriften verbietet. Die im BGB unausgesprochen enthaltene allgemeine Ermächtigung und Anweisung, beim Fehlen einer Gesetzesvorschrift für ein zu beurteilendes Rechtsverhältnis die für ähnliche Verhältnisse bestehenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, gestattet und erheischt unter Umständen die entsprechende Anwendung von Vorschriften über das rechtsgeschäftliche Pfandrecht auch außerhalb des Rahmens des § 1257.

Aus der Anordnung der entsprechenden Anwendung ergibt sich ferner, daß die Anwendung nur stattzufinden hat, wenn sie nach der Rechts- und Sachlage des einzelnen Falles möglich ist. Die Anwendung ist deshalb zunächst hinsichtlich aller der Verhältnisse ausgeschlossen, für die bei dem einzelnen gesetzlichen Pfandrechte Sondervorschriften bestehen. Denn diese gehen vor. So müssen die Vorschriften des BGB über das Erlöschen des durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrechts durch Rückgabe des Pfandes an den Eigentümer (§ 1253) vor den Vorschriften des HGB über die Fortdauer des Pfandrechts des Frachtführers am Gute nach der Ablieferung zurücktreten. Dasselbe gilt in den Fällen, in denen die abweichende Vorschrift für das einzelne gesetzliche Pfandrecht nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, aber sich aus seiner Art ergibt. So kann die Vorschrift über die Verpflichtung des Pfandgläubigers zur Verwahrung des Pfandes (§ 1215) auf alle diejenigen Fälle des gesetzlichen Pfandrechts nicht angewendet werden, in denen der Schuldner und Pfandeigentümer im unmittelbaren Besitze des Pfandes bleibt oder doch der Pfandgläubiger nicht den Besitz hat (RG 24. 2. 06 I 409/05; RG 18. 10. 12 VII 219/12) Dies gilt z. B. für das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächters im Gegensatze zu dem des Pächters.

3. **Das Pfändungspfandrecht** ist kein gesetzliches Pfandrecht nach § 1257. Es entsteht nicht allein durch das Gesetz ohne einen darauf gerichteten Willensakt, sondern durch die Pfändung, eine auf die Entstehung von Rechten gerichtete Handlung, ein Rechtsgeschäft, das aber auf dem Gebiete des Verfahrens liegt. Über seine Wirkungen bestimmt in erster Linie die ZPO (RG 97, 40). § 1257 ordnet weder die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Vertragspfand auf das Pfändungspfandrecht (einschließlich des etwa landesgesetzlich auf Grund des Vorbehalts in EG Art 89 zugelassenen Privatpfändungs-Pfandrechts) an, noch läßt es sie ausdrücklich zu. Dagegen kann sich die Notwendigkeit einer solchen entsprechenden Anwendung anderweit ergeben (vgl. A 2 Abs 1; RG Warn 1913 Nr. 30).

§ 1258

[1]) Besteht ein Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers, so übt der Pfandgläubiger die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben[2]).

Die Aufhebung der Gemeinschaft kann vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers nur von dem Miteigentümer und dem Pfandgläubiger gemeinschaftlich verlangt werden. Nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung kann der Pfandgläubiger die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, ohne daß es der Zustimmung des Miteigentümers bedarf[3]); er ist nicht an eine Vereinbarung gebunden, durch welche die Miteigentümer das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt haben[4]).

Wird die Gemeinschaft aufgehoben, so gebührt dem Pfandgläubiger das Pfandrecht an den Gegenständen, welche an die Stelle des Anteils treten[5]).

Das Recht des Pfandgläubigers zum Verkaufe des Anteils bleibt unberührt[6]) [7]).

E I 1184 II 1165; M 3 834—836; P 3 482; 4 600.

1. **Pfandrecht am Miteigentumsanteil** — am Bruchteil (§ 1008), aber nach § 1273 Abs 2 auch am Anteil zur gesamten Hand, z. B. dem Anteil eines Miterben an der Erbschaft (RG 83, 30; 84, 396). Der Pfandgläubiger hat ein doppeltes Recht. Das Recht, den Anteil als Pfand nach den Regeln über den Verkauf beweglicher Pfänder zur Befriedigung seiner Forderung zu verkaufen (Abs 4) und das Recht, sich durch Betreiben der Aufhebung der Gemeinschaft an der Sache selbst oder deren Erlös ein unmittelbares Pfandrecht und mittels dieses Befriedigung zu verschaffen (Abs 2, 3). Über die Art der rechtsgeschäftlichen Bestellung des Anteilspfandrechts enthält § 1258 keine ausdrückliche Bestimmung. Man wird für erforderlich zu halten haben, daß der Miteigentümer als Verpfänder seinen Mitbesitz — und zwar ungeteilt — dem Gläubiger überträgt und beide einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll.

2. **Die Teilhaberrechte hinsichtlich der Verwaltung und der Art der Benutzung** (§§ 744 bis 746) sind ausschließlich dem Pfandgläubiger zur Wahrnehmung zugewiesen. Er verwaltet aber nicht für eigene Rechnung, sondern für den Verpfänder, erwirbt auch die Früchte nur für diesen, sofern das Pfandrecht nicht Nutzungspfandrecht ist. Dem Verpfänder und Miteigentümer selbst ist keinerlei Einmischung gestattet.

3. **Die Aufhebung der Gemeinschaft** (§§ 749ff.) kann der Miteigentümer, der seinen Anteil verpfändet hat, von da ab überhaupt nur mehr zusammen mit dem Pfandgläubiger verlangen, nach dem Eintritte der Pfandverkaufsberechtigung aber bedarf der Pfandgläubiger der Mitwirkung des Miteigentümers zum Betreiben der Aufhebung der Gemeinschaft nicht mehr, sondern kann die Aufhebung allein verlangen.

4. **Vereinbarungen unter den Miteigentümern über Ausschluß der Gemeinschaftsaufhebung** sind für den Pfandgläubiger nicht bindend (vgl. auch § 751 Satz 2).

5. **Das Ersatzpfandrecht** an den Gegenständen, die bei der Aufhebung der Gemeinschaft an die Stelle des Anteils treten, also an dem durchs Los auf den Anteil gefallenen Trennstück oder an dem Erlösteil nach dem Teilungsverkauf, gebührt dem Pfandgläubiger, d. h. es entsteht für ihn nicht kraft Gesetzes, sondern er erlangt nur einen Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts an den Gegenständen (RG 84, 397).

6. **Pfandrecht am Bruchteil, der nicht in Miteigentumsanteil besteht,** ist bei beweglichen Sachen möglich (anders bei Grundstücken, vgl. § 1114) und kann namentlich vorkommen,

wenn Sachen desselben Eigentümers miteinander verbunden oder vermischt werden, von denen die eine mit einem Pfandrecht belastet ist (RG 67, 425). Auf ein solches Pfandrecht sind die Vorschriften des § 1258 entsprechend anzuwenden. Das Recht, auf Aufhebung der Gemeinschaft zu dringen, wird hier jedoch nur dem Pfandgläubiger zustehen können.

7. **Entsprechend anwendbar** ist § 1258 auf das gesetzliche Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers (das z. B. beim Einbringen von im Miteigentum befindlichen Hausgestühl entstehen kann) und in seinem Abs 1 — nicht Abs 2 u. 3 — auch auf das Pfändungspfandrecht (vgl. § 1257 A 3). Über die Bedeutung des § 1258 für die Pfändung eines Gesellschaftsanteils vgl. RG 95, 231.

§ 1259

Für das Pfandrecht an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe gelten die besonderen Vorschriften der §§ 1260 bis 1271[1-4]).

E I 1197 II 1166; M 3 847, 848; P 3 494—498, 502.

1. **Schiffspfandrecht, Registerpfandrecht an Schiffen.** Zweck der besonderen Vorschriften ist, dem Verpfänder den Besitz des Schiffes zu belassen. Daher statt Faustpfandrecht Registerpfandrecht, statt Übergabe des Pfandes Eintragung ins Register. Pfandregister ist für Seeschiffe das in §§ 4ff. des Gesetzes über das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe v. 22. 6. 99 (RGBl 319) eingeführte Schiffsregister, für Schiffe der Binnenschiffahrt das in den §§ 119ff. des Gesetzes über die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt v. 15. 6. 95 in der Fassung der Bek. v. 20. 5. 98 (RGBl 868) eingeführte Schiffsregister. Aus diesen beiden Gesetzen und den auf Grund ihrer ergangenen weiteren Vorschriften ergibt sich, welche Schiffe in das Register eingetragen werden sollen oder können.

2. Die Vorschriften über das Registerpfandrecht an Schiffen gelten **nur für die im Register wirklich eingetragenen Schiffe.** Für alle tatsächlich nicht eingetragenen Schiffe, selbst wenn in Ansehung ihrer die Möglichkeit, ja sogar die gesetzliche Pflicht zur Aufnahme ins Register bestände, gelten ausschließlich die Vorschriften der §§ 1205—1257; an ihnen kann nur Faustpfandrecht bestellt werden und nur für besondere seerechtliche Notfälle Pfandrecht durch Verbodmung (HGB §§ 679ff.).

3. **Für im Register eingetragene Schiffe** gelten anderseits **ausschließlich** die besonderen Vorschriften über **das Registerpfandrecht.** Faustpfandrecht ist an ihnen nicht möglich, wohl aber Verbodmung. Die Bestimmungen der §§ 1259—1271 gelten für ein im Register eingetragenes Schiff auch dann, wenn die Eintragung des Schiffes mangels der gesetzlichen Voraussetzungen nicht hätte erfolgen sollen. Eine beschränkte Ausnahme besteht nur für das Arrestpfandrecht, RJA 11, 17.

4. **Auf im Bau befindliche Schiffe** finden die Vorschriften der §§ 1259—1271 keine Anwendung. Nach Landesgesetz können jedoch für sie ähnliche Vorschriften bestehen (EGHGB Art 20).

§ 1260

[1]) **Zur Bestellung des Pfandrechts ist die Einigung des Eigentümers[2]) des Schiffes und des Gläubigers darüber, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll, und die Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister[3]) erforderlich. Die Vorschriften des § 873 Abs 2 und des § 878 finden entsprechende Anwendung[4]).**

In der Eintragung müssen der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz angegeben werden. Zur näheren Bezeichnung der Forderung kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden[5])[6]).

E I 1196, 1198 II 1167; M 3 846—848; P 3 494—503, 739; 6 391.

1. Da das Gesetz besondere Vorschriften über den Begriff **des Schiffspfandrechts** für den Fall des Registerpfandes nicht enthält, so ist auch hier die im § 1204 gegebene allgemeine Begriffsbestimmung anzuwenden: Belastung zur Sicherung einer Forderung in der Weise, daß der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache — hier dem Schiffe — zu suchen.

2. **Eigentum des Verpfänders** ist für die Bestellung des Schiffspfandrechts nach § 1260 ebenso vorausgesetzt wie für die Pfandrechtsbestellung nach § 1205 und die Hypothekbestellung nach § 873. Die Voraussetzung ist aber für den Fall des § 1260 von größerer Bedeutung um deswillen, weil der Mangel des Eigentums des Verpfänders hier nicht durch den öffentlichen Glauben des Buches und, wenigstens in der Regel, auch nicht durch den guten Glauben des

Erwerbers geheilt werden kann. Das Schiffsregister kann einen öffentlichen Glauben, wie er im § 892 dem Grundbuche verliehen ist, für sich nicht beanspruchen. Sein Inhalt gewährleistet weder, daß der als Eigentümer Eingetragene wirklich Eigentümer ist, noch daß die eingetragenen Rechte am Schiffe bestehen. Die Eintragung in das Register ist nur das Mittel, um die Verpfändung ohne Besitzübertragung zu ermöglichen und die Tatsache der Verpfändung kundbar zu machen (Prot 3 S. 500, 501). Für den Schutz des guten Glaubens beim Erwerb im Wege des § 1207 aber fehlt es an dem Erfordernisse der Besitzübertragung. Der Schutz des guten Glaubens ist aber auch dann zu verweigern, wenn zu der Eintragung des Pfandrechts in das Register noch die Einräumung des Besitzes hinzutritt, denn diese ist hier ohne rechtliche Bedeutung für die Entstehung des Pfandrechts (RJA 10, 124). Einen gewissen Ersatz für den öffentlichen Glauben des Registers bietet es, daß unter gewissen Umständen das Dulden des falschen Registereintrags die Berechtigten verpflichtet, sich die Verfügung des eingetragenen Unberechtigten gefallen zu lassen. So im Falle des als Alleineigentümer eingetragenen Korrespondentreeders (**RG** LZ 1912, 925; **RG** 74, 408).

3. **Eintragung in das Schiffsregister.** Die formellen Voraussetzungen für die Eintragung und das Eintragungsverfahren sind in FGG §§ 100ff. geregelt. Die Vorschriften über die Führung und Einrichtung der Register sind teils in §§ 4ff. FlaggenG und in §§ 119ff. BinnenSchG, teils in landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen enthalten.

4. Danach ist insbesondere die **Einigung** vor der Eintragung **nur bindend,** wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor der Registerbehörde abgegeben oder bei ihr eingereicht sind oder wenn der Schiffseigentümer dem Gläubiger eine den Vorschriften der §§ 106, 107 des FGG entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.

5. Vgl. § 1115. Das Verlangen der **Angabe des Betrags der Forderung** deutet allerdings auf die Voraussetzung einer Geldforderung. Man wird aber deshalb nicht anzunehmen haben, daß wie nach § 1113 die Hypothek, so nach § 1260 das Registerpfandrecht an einem Schiffe nur für eine Geldforderung bestellt werden könne. Besteht der Gegenstand der Forderung nicht in Geld, so werden die Beteiligten, um dem Gesetze zu genügen, den Anschlag des Geldwerts der geschuldeten Leistung zur Eintragung ins Register anzugeben haben. Was die Angabe des Gläubigers anlangt, so sind die Personen zu bezeichnen. Eine Reederei als solche kann nicht als Gläubigerin eines Schiffspfandrechts eingetragen werden (RJA 11, 97). Nicht eintragbar in das Schiffsregister ist auch eine Unterwerfungsklausel nach § 800 ZPO (KGJ 38 A 187).

6. **Ausländisches Recht.** Über die Frage der Bestellung von Schiffspfandrechten an deutschen Schiffen im Ausland vgl. **RG** Warn 1913 Nr 16 und **RG** 77, 1.

§ 1261

Das Rangverhältnis der an dem Schiffe bestellten Pfandrechte bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 879 bis 881 und des § 1151[1])[2]).

E II 1168; P 3 506, 507, 739.

1. **Rangordnung der Schiffspfandrechte.** Durch die Vorschrift des § 1261 wird nur das Rangverhältnis der an einem Schiffe durch Eintragung in das Register bestellten Pfandrechte untereinander geregelt. Für deren Rangverhältnis zu den gesetzlichen Pfandrechten (dem der Werkmeister nach § 647 und dem der Schiffsgläubiger) und den Pfandrechten der Bodmereigläubiger und für das Rangverhältnis der gesetzlichen Pfandrechte und der Bodmereigläubiger untereinander gelten besondere Vorschriften. So hinsichtlich der Werkmeister die dem § 1209 zugrunde liegende Rechtsregel (**RG** 26. 10. 04 I 258/04), hinsichtlich der Schiffsgläubiger die Vorschrift, daß sie, abgesehen von den in BinnenSchG § 102 Nr 4, 5, 6 bezeichneten Rechten allen anderen Pfandgläubigern ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung des anderen Pfandrechts vorgehen (HGB § 776; BinnenSchG § 109) und eingehende Bestimmungen über den Rang der einzelnen Schiffsgläubigerrechte untereinander (HGB §§ 766ff., BinnenSchG §§ 106—109), hinsichtlich der Bodmereigläubiger HGB § 759. Die Rangordnung des § 1261 geht der Hauptsache nach dahin, daß über den Rang grundsätzlich die Reihenfolge der Eintragungen entscheidet (§ 879), daß abweichende Vereinbarungen zulässig sind (§ 880), dann aber der Eintragung in das Register bedürfen (§ 879 Abs 3) und daß endlich Rangvorbehalte zulässig sind (§ 881). Hierin liegt eine wesentliche Abweichung von den Grundsätzen des Pfandrechts an beweglichen Sachen und eine Annäherung an die Hypothek.

2. Das **Zurückbehaltungsrecht** des Werkmeisters an einem Schiff wegen Ausbesserungsarbeiten kann das Recht der Schiffsgläubiger und der im Schiffsregister eingetragenen Pfandgläubiger auf Befriedigung aus dem Werte des Schiffes nicht vereiteln oder beeinträchtigen (**RG** 26. 10. 04 I 258/04).

§ 1262

Solange das Pfandrecht im Schiffsregister eingetragen ist, behält es im Falle der Veräußerung oder Belastung des Schiffes seine Kraft, auch wenn der Erwerber in gutem Glauben ist[1]).

Ist das Pfandrecht mit Unrecht gelöscht, so gelten im Falle der Veräußerung des Schiffes die Vorschriften des § 936 Abs 1 Satz 1, Abs 2 auch dann, wenn der Erwerber das Eigentum ohne Übergabe erlangt; die Vorschrift des § 936 Abs 3 findet keine Anwendung[2]). Wird ein Pfandrecht, welches dem mit Unrecht gelöschten Pfandrecht im Range nachsteht, auf einen Dritten übertragen, so findet die Vorschrift des § 1208 Satz 1 Anwendung[3]).

E I 1201 II 1169; M 3 848, 849; P 3 504.

1. **Wirkung des Inhalts des Schiffsregisters auf den Rechtserwerb Dritter.** Nur insoweit Pfandrechte eingetragen oder nicht eingetragen sind, verleiht das Gesetz dem Register eine Wirkung nach außen. Die Eintragung des Eigentümers ist rechtlich belanglos. Daß der wahre Eigentümer im Register eingetragen ist, schützt ihn nicht vor dem Verluste seines Eigentums infolge unbefugter Veräußerung durch einen anderen, wenn der dritte Erwerber sich in gutem Glauben befindet und die Voraussetzungen der §§ 932ff. vorliegen. Der eingetragene Schiffspfandgläubiger aber genießt diesen Schutz. Der dritte Erwerber kann, solange die Eintragung besteht, durch guten Glauben zum Nachteile des eingetragenen Pfandgläubigers nicht erwerben, er kann sich auf die §§ 936, 1032 Satz 2, 1208 nicht berufen, er gilt gewissermaßen infolge des Bestehens der Eintragung des Pfandrechts in bezug auf dieses von Gesetzes wegen als in bösem Glauben befangen, und diese Gesetzesvermutung läßt keinen Gegenbeweis zu. Sie wirkt sogar gegen den, der das nach §§ 930ff. der ZPO vom Gerichtsvollzieher versteigerte Schiff in der Versteigerung erworben hat (RJA 11, 17).

Anderseits ergibt sich, da die zum Schutze des eingetragenen Pfandrechts wirkende Vermutung der Bösgläubigkeit an die Tatsache des Eingetragenseins gebunden ist, von selbst, daß der Schutz versagt und die §§ 936, 1032 Satz 2, 1208 gegen das Pfandrecht in Wirksamkeit treten, wenn es ohne erloschen zu sein gelöscht worden ist. Diese Folge tritt ein sowohl bei gutgläubigem Erwerbe des Eigentums als eines lastenfreien, wie bei gutgläubigem Erwerb eines Pfandrechts als eines durch ein vorgehendes Pfandrecht nicht beschränkten. Sie brauchte als natürliche Umkehrung des in Abs 1 ausgesprochenen Grundsatzes im Gesetze weder für den Fall der Veräußerung noch für den der Belastung besonders ausgesprochen zu werden und ist auch in Abs 2 nicht besonders ausgesprochen (vgl. A 2, 3).

Dem durch Eintragung im inländischen Schiffsregister entstandenen, aber versehentlich gelöschten, daher aus dem Register nicht mehr ersichtlichen Pfandrecht steht das Pfandrecht gleich, das im Ausland zur Zeit, als das Schiff noch ausländisches war, dort durch Eintragung bestellt worden ist. Es bleibt bestehen, aber es unterliegt, da das ausländische Register im Inland keinen öffentlichen Glauben hat, den Nachteilen, die das inländische Register für das nichteingetragene Recht mit sich bringt (RG 77, 1).

2. **Erleichterung des gutgläubigen Erwerbs der Lastenfreiheit.** Dieser Erwerb soll, abweichend von den Grundsätzen der §§ 932ff., 936, selbst dann eintreten, wenn der Erwerb des Eigentums nicht durch Übergabe des Schiffes, sondern nach HGB § 474 durch Vereinbarung an Stelle von Übergabe oder im Wege der §§ 929 Satz 2, 930, 931 vor sich ging.

3. **Erwerb der Vorrangsfreiheit bei der Übertragung eines bestehenden Schiffspfandrechts.** Hier liegt eine Annäherung an den Grundsatz des § 892 (öffentlicher Glaube des Buches) vor. Nach § 892 gilt zugunsten dessen, dem eine bestehende Hypothekforderung übertragen worden ist, eine vorgehende gelöschte, aber nicht erloschene Hypothek als nicht bestehend, d. h. sie geht der übertragenen Hypothek nach, wenn nicht die Unrichtigkeit des Buches dem Erwerber bekannt ist oder ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen ist. Genau die gleiche Rechtslage wird in § 1262 Abs 2 Satz 2 (im Zusammenhalte mit § 1263 Abs 2) für den Fall der Übertragung eines eingetragenen Schiffspfandrechts dadurch herbeigeführt, daß § 1208 Satz 1 für anwendbar erklärt wird. Auf den Fall der Bestellung eines Schiffspfandrechts nach einem versehentlich gelöschten ist § 1262 Abs 2 Satz 2 nicht anwendbar, da dieser Fall seine Lösung schon auf Grund des Abs 1 findet (vgl. A 1 Abs 2).

§ 1263

Steht der Inhalt des Schiffsregisters in Ansehung eines Pfandrechts mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange, so kann die Berichtigung des Registers nach den für die Berichtigung des Grundbuchs geltenden Vorschriften der §§ 894, 895, 897, 898 verlangt werden[1]).

Ist ein Pfandrecht mit Unrecht gelöscht worden, so kann ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Schiffsregisters nach § 899 Abs 2 eingetragen werden. Solange der Widerspruch eingetragen ist, gilt im Falle der Veräußerung oder Belastung des Schiffes dem Erwerber gegenüber das gleiche, wie wenn das Pfandrecht eingetragen wäre[2])[3]).

E I 1203 II 1170; M 3 849; P 3 504.

1. **Berichtigung des Schiffsregisters.** Nach § 894 kann derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch eine unrichtige Eintragung beeinträchtigt ist, von dem, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird, die Berichtigung verlangen. Hiernach bedürfte es stets der Bewilligung des durch die Berichtigung Betroffenen und diese Bewilligung müßte im Weigerungsfall im Klageweg erzwungen werden. Allein wie für das Grundbuch in § 22 der GBO, so ist im § 102 des FGG für das Schiffsregister bestimmt, daß es der Bewilligung des von der Berichtigung Betroffenen nicht bedarf, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird. Zu den Fällen der Berichtigung zählt abweichend von den für Grundbuchsachen bestehenden Vorschriften auch die Eintragung des Übergangs des Pfandrechts auf einen anderen Gläubiger im Wege der Übertragung der Forderung, da es zu der Übertragung einer durch Schiffspfand gesicherten Forderung (und ebenso zur Belastung dieser Forderung) der Eintragung im Register nicht bedarf, die Rechtsänderung vielmehr außerhalb des Registers sich vollzieht.
2. **Widerspruch gegen Löschung,** vgl. § 1262 Abs 2.
3. Auch **Vormerkungen** zur Sicherung eines das Pfandrecht betreffenden Anspruchs können auf einstweilige Verfügung (FGG § 103) oder auf einstweilige Anordnung des Beschwerdegerichts (FGG § 123) eingetragen werden.

§ 1264

Die Haftung des Schiffes beschränkt sich auf den eingetragenen Betrag der Forderung und die Zinsen nach dem eingetragenen Zinssatze[1]). Die Haftung für gesetzliche Zinsen und für Kosten bestimmt sich nach der für die Hypothek geltenden Vorschrift des § 1118[2]).

Ist die Forderung unverzinslich oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann das Pfandrecht ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden, daß das Schiff für Zinsen bis zu fünf vom Hundert haftet[3]).

E II 1171; P 3 503.

1. **Umfang der Haftung des Pfandes in Ansehung der Forderung.** Das Schiff haftet nicht für den jeweiligen Bestand der Forderung wie das bewegliche Pfand nach § 1210, sondern für den eingetragenen Betrag wie die Hypothek nach § 1113. Bleibt die wirkliche Forderung hinter dem eingetragenen Betrage zurück oder vermindert sie sich, so mindert sich auch die Haftung. Eine Erweiterung oder Wiedererweiterung aber ist ausgeschlossen. Anders selbstverständlich beim Höchstbetragspfandrecht (§ 1271).
2. **Haftung für Zinsen und Kosten.** Für die gesetzlichen Zinsen der Forderung und für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Schiffe bezweckenden Rechtsverfolgung. Vgl. die Anmerkungen zu § 1118.
3. Dem § 1119 wörtlich nachgebildet.

§ 1265

Das Pfandrecht erstreckt sich auf das Zubehör des Schiffes mit Ausnahme der Zubehörstücke, die nicht in das Eigentum des Eigentümers des Schiffes gelangt sind[1]).

Auf die Haftung der Zubehörstücke finden die für die Hypothek geltenden Vorschriften der §§ 1121, 1122 entsprechende Anwendung[2])[3]).

E II 1172; P 3 503, 740.

1. **Erstreckung der Haftung auf das Zubehör,** vgl. die Schlußworte des § 1120. Bei Seeschiffen werden im Zweifel Gegenstände, die in das Schiffsinventar eingetragen sind, als Zubehör des Schiffes angesehen; auf alle Fälle sind aber die Schiffsboote Zubehör (HGB § 478). Im übrigen ist für die Zubehöreigenschaft BGB § 97 entscheidend.

2. **Freiwerden von Zubehörstücken** im Falle der Veräußerung und Entfernung von dem Schiffe.

3. **Versicherungsgelder und Fracht** unterliegen dem Pfandrecht nicht, wohl aber bleiben ihm getrennte Bestandteile des Schiffes als bewegliche Sachen unterworfen. Im Gegensatz zum Zubehör sind diese auch pfändbar (§ 865 Abs 2 ZPO).

§ 1266

Die Vorschriften der §§ 1205 bis 1257 finden insoweit keine Anwendung, als sich daraus, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt, Abweichungen ergeben. In dem Falle des § 1254 tritt an die Stelle des Anspruchs auf Rückgabe des Pfandes das Recht, die Aufhebung des Pfandrechts zu verlangen[1]).

E I 1197 II 1173; M 3 847, 848; P 3 502.

1. **Anwendung der allgemeinen Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen auf das Pfandrecht an eingetragenen Schiffen.** Das Ineinandergreifen der Vorschriften ist folgendes: Da das Pfandrecht an eingetragenen Schiffen Pfandrecht an beweglichen Sachen ist, haben an sich die allgemeinen Vorschriften des BGB über das Pfandrecht an beweglichen Sachen darauf unmittelbar Anwendung zu finden. Ihre Anwendung ist ausgeschlossen, insoweit sie durch besondere Vorschriften in den §§ 1260—1265, 1267—1271 ersetzt oder geändert sind. Auch im übrigen können die §§ 1205—1257 nur insoweit Anwendung finden, als es mit dem grundsätzlichen Unterschiede verträglich ist, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt. Unanwendbar sind daher insbesondere die §§ 1205—1207 (RG 74, 408). Anwendbar sind dagegen die §§ 1204, 1211, 1222, 1224, 1225, 1227, 1229, 1249, 1250, 1252, 1255, 1256, außerdem § 1254 dahin, daß der Verpfänder und Eigentümer die Aufhebung des Pfandrechts verlangen kann, wenn dem Pfandrecht eine Einrede entgegensteht, die seine Geltendmachung dauernd ausschließt. Die im § 1257 enthaltene Bestimmung, daß die Vorschriften über das rechtsgeschäftlich bestellte Pfandrecht auf das kraft Gesetzes bestehende Pfandrecht entsprechende Anwendung findet, ist gleichfalls ohne weiteres anwendbar sowohl auf das gesetzliche Pfandrecht am Schiffe nach § 647 als auch auf die gesetzlichen Pfandrechte der Schiffsgläubiger. Entsprechend anwendbar sind danach aber nicht nur die Vorschriften aus den §§ 1205—1256, die für das durch Rechtsgeschäft bestellte Schiffspfandrecht gelten, sondern auch die Vorschriften über das Schiffspfandrecht selbst. Von Bedeutung ist allerdings aus diesen lediglich § 1268, und auch dieser nur für den seltenen Fall des § 647 BGB (gesetzliches Pfandrecht des Werkmeisters), da für die Befriedigung der Schiffsgläubiger HGB § 761 und BinnenSchG § 103 Abs 3 gelten. Für die entsprechende Anwendung des § 1268 auf den Fall des gesetzlichen Werkmeisterpfandrechts an einem Schiffe: RJA 4, 221. Da § 1253 nicht gilt, bleibt das Pfandrecht des Werkmeisters auch nach der Rückgabe des Schiffes bestehen. Berichtigung des Schiffsregisters und Eintragung des Pfandrechts sind auch dann noch möglich.

§ 1267

Der Verpfänder kann gegen Befriedigung[1]) des Pfandgläubigers die Aushändigung der zur Löschung des Pfandrechts erforderlichen Urkunden[2]) verlangen. Das gleiche Recht steht dem persönlichen Schuldner zu, wenn er ein rechtliches Interesse an der Berichtigung des Schiffsregisters hat[3]).

E II 1174; P 3 739.

1. Wegen des **Rechtes der Aufrechnung und Hinterlegung** vgl. §§ 1224, 1266 A 1.

2. **Zur Löschung erforderliche Urkunden,** d h. den Formerfordernissen des FGG § 107 entsprechende Urkunden über Löschungsbewilligung oder Erlöschen der Forderung.

3. Vgl. §§ 1144, 1167.

§ 1268

Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem Schiffe und dem Zubehöre nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen[1])[2]).

E I 1204 II 1175; M 3 849, 850; P 3 504; 4 611.

1. **Die Befriedigung des Pfandgläubigers durch Zwangsvollstreckung** erfolgt nach Maßgabe der §§ 864, 865, 870 Abs 2 der ZPO und der §§ 162—170 des ZVG. Als Vollstreckungs-

titel genügt das vollstreckbare Urteil oder die sonst vollstreckbare Urkunde gegen den Schuldner, wenn dieser Eigenbesitzer (§ 872) des Schiffes ist Befindet sich ein anderer im Eigenbesitze des Schiffes, so muß erst gegen ihn durch Klage auf Duldung der Zwangsversteigerung ein Vollstreckungstitel geschaffen werden (ZVG § 164). Unzulässigkeit der Unterwerfung des Schiffseigentümers unter die sofortige Zwangsvollstreckung in der Weise, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Schiffes zulässig sein soll: RJA 10, 122.

2. **Zwangsvollstreckung aus gesetzlichem Pfandrecht an Schiffen:** RJA 4, 221. Vgl. § 1266 A 1 am Ende.

§ 1269

Ist der Gläubiger unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Pfandrecht ausgeschlossen werden, wenn die im § 1170 oder die im § 1171 für die Ausschließung eines Hypothekengläubigers bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt das Pfandrecht. Die Vorschrift des § 1171 Abs 3 findet Anwendung[1]).

E II 1176; P 3 507, 508, 739; 6 391, 392.

1. **Aufgebot und Ausschließung unbekannter Schiffspfandgläubiger** vgl. auch HGB § 765; BinnenSchG § 110; Verfahren: ZPO §§ 988, 1024.

§ 1270

Auf das Pfandrecht für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, finden die Vorschriften des § 1189, auf das Pfandrecht für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber finden auch die Vorschriften des § 1188 entsprechende Anwendung[1]).

E II 1178; P 4 611, 612.

1. Vgl. die Anmerkungen zu §§ 1188, 1189.

§ 1271

Das Pfandrecht kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Schiff haften soll, bestimmt, im übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Der Höchstbetrag muß in das Schiffsregister eingetragen werden.

Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet[1]).

E II 1177; P 3 739.

1. Vgl. §§ 1190 Abs 1, 2, 1264 A 1.

§ 1272

Die Vorschriften der §§ 1260 bis 1271 gelten auch für das Pfandrecht an einer Schiffspart[1—4]).

E I 1205 II 1179; M 3 850, 851; P 3 504—506.

1. **Schiffspart** im eigentlichen, engeren Sinne ist nach HGB §§ 474ff. ein Anteil an einem Schiffe, das zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmt ist, und zwar Anteil eines Miteigentümers mit der Besonderheit, daß in dem Miteigentumsanteil sich zugleich die Teilhaberschaft an der Erwerbsgesellschaft verkörpert. Das Binnenschiffahrtsgesetz kennt den Begriff nicht. Aber § 858 ZPO bezeichnet damit jeden Anteil an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiff. In diesem Sinne ist er auch im § 1272 zu verstehen.

2. **Bruchteilverpfändung.** Ob es überhaupt möglich ist, einen Bruchteil eines im Alleineigentum stehenden eingetragenen Schiffes zu verpfänden, ist streitig. Hat man anzunehmen, daß im allgemeinen Bruchteile beweglicher Sachen verpfändet werden können — und darüber herrscht Einigkeit (vgl. § 1258 A 6) —, so muß man jedenfalls bei nicht eingetragenen Schiffen die Bruchteilverpfändung zulassen. Steht aber dies fest, so ist aus der Sonderart des Registerpfandrechts kein triftiger Grund gegen eine solche Bruchteilverpfändung bei eingetragenen

Schiffen herzuleiten. Fraglich wird allerdings sein, inwieweit auf dem Gebiete des Seerechts die Möglichkeit der Bruchteilverpfändung neben der der Schiffspart gegeben ist. Soweit man die Bruchteilverpfändung bei eingetragenen Schiffen als zulässig anzuerkennen hat, werden auf ein solches Pfandrecht auch die Vorschriften über das Schiffspfandrecht und insbesondere die über das Pfandrecht an der Schiffspart entsprechend anzuwenden sein.

3. **Für entsprechende Anwendung des § 1258** auf die Schiffspart im Sinne des § 474 HGB ist überhaupt kein Raum, für entsprechende Anwendung auf andere Miteigentumsanteile an eingetragenen Schiffen und Bruchteile, die nicht Miteigentumsanteile sind, kommen nur § 1258 Abs 2, 3 in Betracht, da Abs 1 den Besitz des Pfandes voraussetzt. Hinsichtlich der Bezeichnung der Schiffspart im Eintragungsantrag vgl. RJA 11, 99.

4. **Die Zwangsvollstreckung zur Befriedigung aus der verpfändeten Schiffspart** ist in ZPO § 858 geordnet, die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft in den §§ 180ff. des ZVG. Das Pfandrecht am ganzen Schiff geht dem an der Schiffspart vor, § 1261 regelt nur den Rang der an dem Schiff bestellten Pfandrechte. Entsprechend bleiben die Pfandrechte an dem Schiff bei der Zwangsvollstreckung in die Schiffspart außer Betracht (§ 858 Abs 6 ZPO).

Zweiter Titel

Pfandrecht an Rechten

§ 1273

Gegenstand des Pfandrechts kann auch ein Recht sein[1]).

Auf das Pfandrecht an Rechten finden die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1274 bis 1296 ein anderes ergibt[2]). Die Anwendung der Vorschriften des § 1208 und des § 1213 Abs 2 ist ausgeschlossen.

E I 1206, 1209, 1214 II 1180; M 3 852, 854, 855, 857, 858; P 3 517, 519, 521.

1. **Recht als Gegenstand des Pfandrechts** (vgl. auch § 1068). Nach dem Wortlaute hat es den Anschein, als ob jedes Recht, gleichviel welcher Art, verpfändet werden könnte. In Wirklichkeit bestehen, auch abgesehen von der im § 1274 gemachten Einschränkung auf übertragbare Rechte, wesentliche Einschränkungen. Es scheiden aus: das Eigentum an Sachen, denn es bildet die Grundlage des Pfandrechts an der Sache; die Anteile der Miteigentümer, denn sie werden dem Eigentum gleich behandelt; diejenigen Rechte, die den Grundstücken gleichgestellt sind, wie das Erbbaurecht (§ 1017) und die auf den Gebieten der landesrechtlichen Vorbehalte durch Landesgesetz den Grundstücken gleichgestellten selbständigen Rechte, für die nur die Belastungsformen des Grundstücksverkehrs in Frage kommen. Es scheiden aber noch weiter aus die geschäftlichen Unternehmen als solche, weil sie wohl den Gegenstand schuldrechtlicher Beziehungen, aber nicht den eines einheitlichen dinglichen Rechtes bilden können (RG 70, 231; 95, 237); ferner die Rechte, die nicht selbständig verkehrsfähig sind. So die Grunddienstbarkeiten und alle sogenannten subjektiv-dinglichen Rechte als untrennbar von dem herrschenden Grundstücke, die Hypothek und das Pfandrecht als untrennbar von der Forderung, die sie sichern, der Titel einer Zeitschrift als untrennbar von dieser, die Firma als untrennbar vom Geschäfte (RG 68, 55; 95, 236), anderseits die nur den Ausfluß eines anderen Rechtes bildenden nicht selbständigen Einzelbefugnisse, z. B. der Anspruch des Miterben auf Auseinandersetzung (RG 30. 1. 05 IV 335/04), der Anspruch auf Teilung einer ehelichen Gütergemeinschaft (BayObLGZ 10, 4). Gegenstand des Pfandrechts können mit Rücksicht auf seinen Zweck und Inhalt auch alle diejenigen Rechte nicht sein, die nicht Vermögensrechte sind, und solche Rechte, die nicht verwertet, d. h. nicht auf dem Wege der Beitreibung oder Veräußerung zu Geld gemacht werden können (vgl. § 1204 A 4).

Hiernach bleiben als Rechte, die den Gegenstand des Pfandrechts bilden können, der Hauptsache nach übrig die Forderungen, Grundschulden, Rentenschulden, angefallenen Erbschaften, Erbteile, d. h. die Rechte der Miterben an dem Nachlaß als einem Inbegriff von Rechten und Pflichten (RG 84, 396; 87, 324; 90, 234), die sog. Immaterialgüterrechte, nämlich Urheberrechte, Verlagsrechte, Patentrechte und sonstige selbständige gewerbliche Schutzrechte, endlich gewisse Gesellschaftsanteile, insbesondere Aktienrechte, Geschäftsanteile bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung. An zukünftigen Rechten kann vor ihrer Entstehung ein Pfandrecht ebensowenig entstehen und bestehen, wie an zukünftigen Sachen. Es kann aber, wie für zukünftige Sachen (vgl. § 1204 A 7), so auch für zukünftige Rechte die Pfandbestellung derart vorbereitet werden, daß die Einigung der Beteiligten und

selbst die Mitteilung an den zukünftigen Drittverpflichteten schon vor der Entstehung des Rechtes auf den Fall der Entstehung erfolgt, so daß mit dem Rechte zugleich auch das Pfandrecht daran ins Leben tritt (RG 55, 334; 67, 166; 68, 55; 75, 225; RG Warn 1911 Nr 274). Möglich ist hiernach sogar die Verpfändung „aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen" gegen einen bestimmten Schuldner (RG JW 1911, 367[23]). Aktienrechte können schon vor der Ausgabe der Aktienurkunden bestehen, ihre Verpfändung ist alsdann rechtlich möglich (RG 24. 5. 17 II 551/16; RG 86, 155).

2. **Die Anwendung der Vorschriften über das Sachpfandrecht auf das Pfandrecht an Rechten** kann nicht gleichmäßig erfolgen. Denn die Voraussetzungen der Entstehung und des Bestandes des Pfandrechts (Einigung, Übergabe, Eintragung) weichen bei den einzelnen Arten des Pfandrechts an Rechten voneinander ab. Als allgemein anwendbar können angesehen werden die §§ 1204, 1209, 1210, 1211, 1213 Abs 1, 1214, 1222, 1223 insoweit, als er dem Verpfänder das Befriedigungsrecht gibt, 1224—1226, 1228 Abs 2, 1229, 1249, 1250, 1252, 1256. Die übrigen Vorschriften sind — abgesehen von den überhaupt von der Anwendung ausgeschlossenen §§ 1208, 1212, 1213 Abs 2 — uneingeschränkt nur auf das Pfandrecht an Inhaberpapieren, sonst teils gar nicht, wie § 1207, teils nur für einzelne Arten des Pfandrechts an Rechten und mit Einschränkungen anwendbar, § 1227 z. B. nur, wenn der Pfandgläubiger in den Besitz eines körperlichen Gegenstandes, etwa einer Urkunde, gelangt ist (RG 14. 5. 18 VII 51/18). Jener Satz gilt insbesondere für die Vorschriften über den Pfandverkauf (§§ 1228 Abs 1, 1230—1248), da aus Rechten mit Ausnahme der Fälle der §§ 1293, 1295 grundsätzlich nicht durch gewöhnlichen Pfandverkauf, sondern nach § 1277 nur im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung gesucht werden kann (vgl. RG 61, 333). Der namentlich dem § 1232 zugrunde liegende Gedanke, daß nämlich der nachstehende Pfandgläubiger das Pfand veräußern darf, wenn bei ihm alle Voraussetzungen dazu erfüllt sind, der vorgehende Pfandgläubiger aber tatsächlich oder rechtlich dazu noch nicht in der Lage ist, rechtfertigt es, daß derjenige, dem ein Erbteil verpfändet ist, der Versteigerung des Erbanteils, die ein nachstehender Pfändungspfandgläubiger auf Grund gerichtlicher Anordnung (§ 857 Abs 5 ZPO) vornimmt, nur dann widersprechen darf, wenn v o r Anordnung der Versteigerung seine eigene Rechtsstellung schon eine abweichende Richtung eingenommen hatte, z. B. durch einen Antrag auf Auseinandersetzung nach § 86 Abs 2 FFG (RG 87, 327; vgl. auch RG 97, 35).

3. **Das Pfändungspfandrecht an Rechten** folgt den Regeln der ZPO §§ 828ff. **Gesetzliche Pfandrechte an Rechten** sind in HGB §§ 399 (Kommissionärpfandrecht an Forderungen), 756, 758 (Pfandrecht der Schiffsgläubiger an der Fracht) gegeben. Auf sie sind die Vorschriften der §§ 1273ff. entsprechend anzuwenden.

§ 1274

Die Bestellung des Pfandrechts an einem Rechte erfolgt nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften¹). Ist zur Übertragung des Rechtes die Übergabe einer Sache erforderlich, so finden die Vorschriften der §§ 1205, 1206 Anwendung²).

Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden³).

E I 1207, 1208, 1210 II 1181; M 3 852—855; P 3 517, 519.

1. **Die Bestellung des Pfandrechts an Rechten.** Der Satz, daß die Pfandbestellung nach den Vorschriften zu erfolgen hat, die für die Übertragung des Rechtes gelten, hat nicht die Bedeutung, daß zum Zwecke der Pfandbestellung eine Übertragung des Rechtes — Sicherungsübertragung — stattzufinden hätte (RG Gruch 49, 97). Es ist vielmehr als Willenstatbestand, wie bei jeder Pfandrechtsbestellung, die Einigung des Verpfänders und des Gläubigers dahin vorausgesetzt, daß dem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung das Pfandrecht an dem Rechte zustehen soll, und es wird daneben verlangt, daß die Beteiligten außerdem den äußeren Geschäftstatbestand erfüllen, den das Gesetz für die Übertragung des Rechtes selbst vorschreibt. Sie haben also, wo für die Übertragungserklärung schriftliche Form vorgeschrieben ist, die Pfandbestellungserklärung schriftlich abzugeben, sie haben bei Vorschrift der notariellen Beurkundung der Übertragung die Pfandbestellung notariell beurkunden zu lassen, wo für die Übertragung des Rechtes Eintragung in das Grundbuch vorgeschrieben ist, die Verpfändung ins Grundbuch eintragen zu lassen und der Verpfänder hat in den Fällen, in denen z. B. zur Übertragung einer Grundschuld die Übergabe des Grundschuldbriefs nötig ist, auch zum Zwecke der Verpfändung der Grundschuld dem Gläubiger den Grundschuldbrief zu übergeben (RG JW 04, 485[8]; RG 21. 3. 08 V 375/07). Welche Vorschriften für die Übertragung des Rechtes im einzelnen Falle gelten, bestimmt sich nach der Art des zu verpfändenden Rechtes. Hier

ollen nur die hauptsächlichsten herausgegriffen werden: Allgemein gilt für Forderungen, für die nichts anderes vorgeschrieben ist, daß zur Übertragung Vertrag zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger notwendig ist (§ 398, vgl. dazu § 1280). Das gleiche gilt von der Übertragung von Patentrechten (RG 75, 225). Für die Abtretung von Hypothekforderungen ist Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich (vgl. hierzu RG 78, 26, betr. Hypothekenverpfändung durch unausgefüllte Urkunde oder eine wiederverwendete alte Urkunde); wenn aber die Erteilung des Briefes ausgeschlossen ist, bedarf es zur Abtretung der Einigung über die Rechtsänderung und ihrer Eintragung in das Grundbuch (§§ 1154, 873). Handelt es sich in einem solchen Falle um eine Gesamthypothek, so entsteht das Pfandrecht daran erst, wenn die Rechtsänderung auf allen beteiligten Grundbuchblättern eingetragen ist (RG 63, 74). Eine hypothekarisch gesicherte Forderung kann ohne die Hypothek wie nicht abgetreten, so auch nicht verpfändet werden (RG Warn 1918 Nr 56). Zur Abtretung eines Geschäftsanteils einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und demgemäß auch zur Verpfändung bedarf es nach GmbHG § 15 Abs 3 eines in gerichtlicher oder notarieller Form geschlossenen Vertrags (RG 53, 107; 58, 223; RG JW 04, 451[1]; RG Warn 1912 Nr 92). Derselben Form bedarf es zur Verpfändung des Anteils an einem Nachlaß (§ 2033 Abs 1 Satz 2; RG 90, 234). Zu beachten ist, daß in einem Verpfändungsakt, der zur Bestellung des Pfandrechts an dem Rechte nicht genügt, eine Verpflichtung zu einer solchen Bestellung liegen kann. Zu den für die Übertragung der Rechte geltenden Vorschriften gehören namentlich auch die §§ 404, 405 (RG Warn 1914 Nr 245).

2. **Verpfändung der Forderung mittels Übergabe einer Sache.** In Betracht kommt hauptsächlich die Verpfändung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld mittels Übergabe des Briefes. Dadurch, daß die §§ 1205, 1206 herangezogen sind, ist die Anwendung der §§ 930 u. 931 abgelehnt und die Verpfändung unter Besitzvorbehalt ausgeschlossen, aber die Verpfändung durch Einräumen des Mitbesitzes ermöglicht (RG Warn 1914 Nr 58). Die Begründung eines bloßen Besitzdienerverhältnisses im Sinne des § 855 reicht aber für die Übergabe nicht aus (RG 92, 265). Die bloße Verpfändung des Hypothekenbriefs hat keine Pfandwirkung, weder für die Forderung noch für den Brief (RG 28. 9. 04 V 138/04).

3. **Unübertragbare Rechte,** d. h. solche Rechte, die nach besonderer Gesetzesvorschrift oder nach ihrem Inhalte nicht abgetreten werden können, und insbesondere Forderungen, deren Abtretung nach § 399 durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Gesetzlich unübertragbar sind u. a. Vereinsmitgliedschaftsrechte (§ 38), unpfändbare Forderungen (§ 400; vgl. § 394 A 1), Vorkaufsrechte (§ 514), im Zweifel Ansprüche auf persönliche Dienstleistungen (§ 613), gewisse Ansprüche der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis (§ 717; RG Warn 1910 Nr 55; wobei aber zu beachten, daß § 717 nachgiebiges Recht enthält, RG 11. 7. 19 VII 93/19, eine dagegen verstoßende Verfügung auch nur den geschützten Personen gegenüber unwirksam ist, RG 92, 400; Ansprüche einer Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit fallen überhaupt nicht unter § 717, RG 76, 434), Schmerzensgeldansprüche (§ 847), der Nießbrauch (§ 1059; RG in SeuffBl 75, 719), die beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1092), sowie eine Reihe von Rechten aus dem Gebiete des Familienrechts (§§ 1300, 1408, 1427, 1442, 1487, 1519, 1549, 1585, 1623, 1658), der gegen die Versicherungsgesellschaft gerichtete Befreiungsanspruch eines gegen Haftpflicht Versicherten (RG 70, 257). Als besondere Gesetzesvorschriften, durch die die Abtretung und damit auch die Verpfändung von Rechten ausgeschlossen wird, kommen insbesondere auch landesrechtliche Vorschriften in Betracht. So die Vorschriften der Landesgesetze über die Unzulässigkeit der Abtretung von Gehaltsansprüchen und Ruhegehaltsansprüchen (RG DJZ 1911, 1274). Kann die Ausübung eines nicht übertragbaren Rechtes einem anderen überlassen werden, so kann auch das Recht auf Überlassung der Ausübung übertragen und verpfändet werden (Prot 3, 517). Eine solche Verpfändung begründet aber kein Pfandrecht an dem auszuübenden Rechte selbst.

§ 1275

Ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, Gegenstand des Pfandrechts, so finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpflichteten die Vorschriften, welche im Falle der Übertragung des Rechtes für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten, und im Falle einer nach § 1217 Abs 1 getroffenen gerichtlichen Anordnung die Vorschrift des § 1070 Abs 2 entsprechende Anwendung[1]) [2]).

E I 1208 II 1182; M 3 853; P 3 518

1. **Das Verhältnis des aus dem verpfändeten Rechte Verpflichteten zum Pfandgläubiger und Pfandverwalter** ist gleichartig dem des Drittverpflichteten beim Nießbrauch an einem

Rechte (vgl. § 1070 A 1 u. 2). Aus § 1275 in Verbindung mit § 407 Abs 1 ergibt sich, daß die Verpfändung von Forderungen, welche auf Leistungen gehen, gegen den Schuldner nicht nur wirken, wenn er durch Anzeige des Gläubigers oder Pfandgläubigers, sondern wenn er auf irgendeine Weise Kenntnis von ihr erlangt hat. Das ist **RG** 52, 143 für die Verpfändung von Hypothekenforderungen ausgesprochen, die ohne eine Anzeige nach § 1280 bewirkt werden kann. Ist diese Anzeige zur Entstehung des Pfandrechts notwendig, so bindet eine auf andere Art erlangte Kenntnis von dem Pfandvertrage den Schuldner nicht.

2. **Entsprechende Anwendung** findet § 1275 auf das gesetzliche Pfandrecht nach § 1257, also z. B., wenn Sicherheit geleistet wird durch Hinterlegung von Geld, dies nach Landesrecht in das Eigentum des Staates übergeht und der Berechtigte ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung erwirbt (§§ 232, 233); ebenso auf das Pfändungspfandrecht, soweit nicht besondere Vorschriften der ZPO eingreifen (vgl. § 1257 A 3). Deshalb wird ein Drittschuldner, der in Unkenntnis der durch Ersatzzustellung bewirkten Pfändung an den Gläubiger zahlt, auch dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber befreit (**RG** JW 1916, 426[20]). — Nicht anwendbar sind die §§ 1275, 404 ff., wenn es sich fragt, ob die von einem Grundstückseigentümer einem Hypothekengläubiger gegenüber eingegangene Verpflichtung, auf eine Eigentümergrundschuld zu verzichten, auch dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber wirksam ist (vgl. **RG** Gruch 54, 159, aber auch **RG** Recht 06 Nr 1629). Es handelt sich bei dieser Frage nicht um das Verhältnis des Schuldners zu seinem Gläubiger, sondern um eine schuldrechtliche Verpflichtung gegenüber einem Dritten.

§ 1276

[1]) Ein verpfändetes Recht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben werden. Die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich. Die Vorschrift des § 876 Satz 3 bleibt unberührt.

Das gleiche gilt im Falle einer Änderung des Rechtes, sofern sie das Pfandrecht beeinträchtigt[2]).

E I 1213 II 1184; M 3 856, 857; P 3 520, 521.

1. **Aufhebung und Änderung eines verpfändeten Rechtes.** Vgl. die Anmerkungen zu dem gleichlautenden § 1071. Eine Änderung des verpfändeten Rechtes liegt auch dann vor, wenn während Bestehens des Pfandrechts an einem Erbteil einzelne Nachlaßbestandteile veräußert oder belastet werden (RJA 6, 239; **RG** 90, 236). Die Frage, ob eine Erbauseinandersetzung auch für den Pfandgläubiger an einem Erbanteil rechtswirksam ist, wenn er nicht zugestimmt hat, ist vom **RG** 84, 399 ebenso offen gelassen, wie es (**RG** LZ 1916, 592[6]) die ähnliche Frage nicht entschieden hat, ob zur Kündigung einer Gesellschaft durch einen Gesellschafter, dessen Anteil verpfändet ist, die Zustimmung des Pfandgläubigers notwendig ist. Beide Fragen sind aber zu bejahen, weil durch die Maßnahmen des Miterben und des Gesellschafters unmittelbar das verpfändete Recht aufgehoben wird. Nur mittelbar trifft das zu, wenn ein Grundstückseigentümer, dessen Mieteforderung gepfändet ist, sein Haus dem Mieter aufläßt. Hier ist über das Haus verfügt, nicht über das Recht, § 1276 findet keine Anwendung (SeuffA 71 Nr 162). Zweifelhafter sind die Fragen, ob der Vermieter, dessen Mieteforderung gepfändet ist, den Mietvertrag ohne Zustimmung des Pfandgläubigers aufheben und dann durch einen neuen Vertrag ersetzen kann, oder ob ein Grundstückseigentümer ohne Zustimmung der Hypothekengläubiger (§ 1127 Abs 1) eine Feuerversicherung kündigen kann. Ernstliche und nicht unlautere Maßnahmen dieser Art erscheinen aber doch zulässig (OLG 31, 358), da sie nicht unmittelbar das gepfändete Recht aufheben.

2. Die Vorschriften über die Wirkungen des **guten Glaubens** dritter Erwerber bleiben unberührt (M 3, 857).

§ 1277

[1]) Der Pfandgläubiger kann seine Befriedigung aus dem Rechte nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen, sofern nicht ein anderes bestimmt ist. Die Vorschriften des § 1229 und des § 1245 Abs 2 bleiben unberührt[2]).

E I 1215 II 1184; M 3 858, 859; P 3 521.

1. **Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Rechtspfand** erfolgt mangels anderweitiger Vereinbarung, abgesehen vom Verfahren der §§ 1281—1290 (Forderungseinziehung) und den Fällen der §§ 1293—1295 (Verfahren mit Wertpapieren), auf Grund eines vollstreckbaren Titels im Zwangsvollstreckungsweg. Der Vollstreckungstitel muß, wie im Falle des

§ 1233 Abs 2 gegen den Eigentümer des Pfandes, so hier gegen den Inhaber des verpfändeten Rechtes erwirkt werden. Ob das Urteil dahin zu fassen ist, daß die Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Befriedigung des Pfandgläubigers in das verpfändete Recht zulässig ist, oder dahin, daß der Inhaber des Rechtes sie zu dulden hat, kann dahingestellt bleiben. Das Ergebnis ist in beiden Fällen das gleiche. Auf Grund dieses Vollstreckungstitels ist nicht, wie es im § 1233 Abs 2 heißt, „der Verkauf nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften zu bewirken", sondern es ist „die Befriedigung nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften zu suchen". Dieser Wortlaut zwingt zu der Annahme, daß die Zwangsvollstreckung hier trotz des schon bestehenden Pfandrechts mit der Pfändung zu beginnen hat. Es kann nicht anerkannt werden, daß die Notwendigkeit einer nochmaligen Pfändung zu erheblichen Nachteilen führt. Denn bei der Forderungspfändung erfolgt die Pfändung und Überweisung regelmäßig in einem Zuge, und bei der Zwangsvollstreckung in Ansprüche, die nicht Geldforderungen sind, ist das gleiche der Fall mit der Pfändung und der sich daran schließenden Anordnung zur Herbeiführung der Befriedigung (ZPO §§ 846ff.). Ein zwingender Grund zum Abweichen von der Regel und vom Wortlaute des Gesetzes ist also nicht ersichtlich. — § 1244 kann nach § 1277 Satz 1 bei dem Pfandrecht an Rechten im allgemeinen nicht eingreifen, er kann es aber, wenn ausnahmsweise die Befriedigung durch freihändigen Verkauf gesucht wird (**RG** 61, 333).

2. § 1246 gelangt nicht zur Anwendung. — Die einschränkende Bestimmung des **Satzes** 2 wird auch durch § 1284 nicht aufgehoben (**RG** 90, 256). Wegen ihrer Anwendung auf **rechtsähnliche Verhältnisse** vgl. LZ 1915, 1333 und **RG** 8. 4. 07 VI 295/06 (Sicherungsabtretung einer Versicherungspolice).

§ 1278

Ist ein Recht, zu dessen Verpfändung die Übergabe einer Sache erforderlich ist, Gegenstand des Pfandrechts, so finden auf das Erlöschen des Pfandrechts durch die Rückgabe der Sache die Vorschriften des § 1253 entsprechende Anwendung[1]).

E I 1216 II 1185; M 3 859; P 3 521.

1. **Rückgabe der Sache, deren Übergabe zur Verpfändung des Rechtes erforderlich war,** an den Verpfänder oder Inhaber des verpfändeten Rechtes führt zum Erlöschen des Pfandrechts. Ist die Sache im Besitze des Verpfänders oder Inhabers des verpfändeten Rechtes, so wird vermutet, daß er sie vom Pfandgläubiger zurückerhalten hat (vgl. § 1253 A 1—6).

§ 1279

Für das Pfandrecht an einer Forderung gelten die besonderen Vorschriften der §§ 1280 bis 1290[1—3]).

E II 1186; P 3 541.

1. Die Vorschriften der §§ 1280—1290 treten für das **Pfandrecht an Forderungen** als besondere Vorschriften neben die der §§ 1273—1278 und die nach § 1273 entsprechend anzuwendenden noch allgemeineren Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen. Sie beschränken und ändern diese allgemeineren Vorschriften, soweit sie ihnen entgegenstehen, ergänzen sie im übrigen und werden selbst wieder für die Fälle des Pfandrechts an Wertpapieren geändert, beschränkt und ergänzt durch die §§ 1292—1296.

2. Auch an Forderungen, die gegen den Pfandgläubiger selbst bestehen, kann Pfandrecht zu dessen Gunsten bestellt werden. — **Pfand an eigener Schuld** (**RG** 57, 358). Auch daß die verpfändete Forderung eine Forderung des Pfandschuldners gegen den Pfandgläubiger ist, steht nicht im Wege (**RG** 20. 5. 11 V 505/10). — Wegen einer Pfandbestellung auf Zeit vgl. **RG** 68, 141.

3. Eine besondere Vorschrift gilt für die Verpfändung von Forderungen gegen das Reich, die in das **Reichsschuldbuch** eingetragen sind, nach § 11 des Reichsschuldbuchgesetzes v. 31. 5. 91 in der Fassung der Bek. v. 31. 5. 10 (RGBl 843). Die Verpfändung erlangt dem Reiche gegenüber nur durch die Eintragung in das Buch Wirksamkeit. Über den Vorbehalt zu ähnlichen Bestimmungen für die **Staatsschuldbücher** vgl. EG Art 97.

§ 1280

Die Verpfändung einer Forderung[1]), zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt[2]), ist nur wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt[3]).

E I 1211 II 1187; M 3 855, 856; P 3 519, 520, 541.

1. Forderung. Die Verpfändung von Geschäftsanteilen einer G. m. b. H. oder von anderen Gesellschafts-Geschäftsanteilen untersteht der Vorschrift des § 1280 nicht, da diese Anteile nicht Forderungen sind (RG 57, 415). Ob dabei der Gesellschaftsanteil als solcher verpfändet wird oder der Anspruch des Gesellschafters auf Herausgabe der ihm nach der Auseinandersetzung zuzuteilenden Sachen oder Rechte, macht keinen Unterschied, es handelt sich immer um das nämliche Recht (RG 67, 332). Ebenso trifft § 1280 nicht zu bei der Verpfändung eines Erbteils (RG 84, 398); anders bei der Verpfändung einer Pflichtteils- oder Vermächtnisforderung.

2. Daß zur Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, daher zur Verpfändung die Anzeige nötig ist, bildet nach § 398 bei Forderungen die **Regel.** Auch zur Verpfändung eines Sparkassenguthabens genügt die Übergabe des Sparkassenbuchs nicht, sondern ist die Anzeige erforderlich (OLG 18 S. 189, 192). Das gleiche gilt von der Verpfändung von Versicherungsforderungen, insbesondere aus Lebensversicherungen. Die Übergabe der Police und die Vorlegung der Verpfändungsurkunde durch den Pfandgläubiger an die Versicherungsgesellschaft genügt nicht. Es ist Anzeige des Gläubigers der Versicherungsforderung (vgl. RG Warn 1913 Nr 135) an die Versicherungsgesellschaft nötig. Auch die mangels Anzeige nicht wirksam gewordene Verpfändung als Abtretung aufrechtzuerhalten (§ 140), geht nicht an (RG 79, 306). Ausnahmen sind insbesondere die Hypothekforderungen (vgl. § 1274 A 1), sodann die Forderungen aus Wechseln und sonstigen Papieren, die durch Indossament übertragen werden können. In diesen Ausnahmefällen tritt die Wirkung der Verpfändung bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 1274 auch gegenüber dem Schuldner der verpfändeten Forderung sofort, ohne Anzeige an ihn und ohne seine Kenntnis, ein. Hat er in solchem Falle in Unkenntnis der Verpfändung, aber gegen Aushändigung des Hypothekenbriefs oder sonstigen Papiers und deshalb mit befreiender Wirkung gezahlt, so ist er nach § 407 geschützt (RG 52, 143). — Wegen der Verpfändung von Reichsschuldbuchforderungen vgl. § 1279 A 3.

3. Die **Verpfändungsanzeige** entspricht dem bei der Verpfändung beweglicher Sachen geltenden Erfordernis der Übergabe der Sache an den Pfandgläubiger und ersetzt sie. Die Anzeige ist einseitig mitteilbare, empfangsbedürftige Willenserklärung (Vorbem 1 vor § 116). Notwendig ist die bewußte und gewollte Mitteilung, die Kundgebung des Willens, anzuzeigen. Darin liegt von selbst eine tatsächliche Anerkennung der Schuld und das Versprechen, die Verpfändung gegen sich gelten zu lassen. Es braucht dies aber nicht der Zweck der Anzeige zu sein; ebenso ist die Wirksamkeit der Anzeige nicht davon abhängig, daß sie in der Absicht oder auch nur im Bewußtsein gemacht wurde, dadurch die Verpfändung zum Abschlusse zu bringen (RG JW 04, 485[8]; RG 68, 282; 89, 289). — Dies vorausgesetzt bedarf die Anzeige nicht ausdrücklicher Worte, sie kann auch durch schlüssige Handlungen erfolgen. Gleichgültig ist auch, ob der Gläubiger die Anzeige ungefragt oder erst auf Anfrage des Schuldners macht (RG 13. 6. 11 VII 574/10). Für genügend erachtet ist sogar das bloße Stillschweigen auf eine Mitteilung des Schuldners, daß ihm eine Verpfändung bekannt geworden sei (RG 89, 291); weniger bedenklich RG 13. 6. 18 IV 386/17, wo es der Anzeige gleichgestellt ist, wenn der verpfändende Gläubiger dem Schuldner gegenüber die diesem bereits anderweit bekannt gewordene Verpfändung anerkennt. Erst mit der Anzeige durch den Gläubiger an den Schuldner kommt das mit der Einigung über die Verpfändung begonnene Verpfändungsgeschäft zur Vollendung. Wie daher einerseits das von dem Rechtsvorgänger durch den Abschluß des Verpfändungsvertrags begonnene Geschäft nach dessen Tode vom Rechtsnachfolger fortgesetzt und vollendet werden kann (RG JW 04, 485[8]), so ist anderseits für die Frage der Anfechtung der Verpfändung im Konkurs der Zeitpunkt der Anzeige maßgebend (RG JW 02, 185[21]). Da die Anzeige Willenserklärung des Gläubigers ist, kann sie nicht schon dadurch ersetzt werden, daß der Schuldner vom Verpfändungsvertrag anderweit Kenntnis erlangt (RG 13. 6. 11 VII 574/10). Sie wird aber durch Anzeige desjenigen, dem die Forderung verpfändet wird, also des Pfandgläubigers, an den Schuldner dann ersetzt, wenn diese Anzeige mit dem Willen des verpfändenden Gläubigers erfolgt. Anzeige durch Stellvertreter ist zulässig und wirksam, wenn der Stellvertreter sich als solcher zu erkennen gibt, Stellvertreter kann auch der Pfandgläubiger sein (RG 79, 308). Die dingliche Bindung tritt auch für die den Verpfändungsvertrag Schließenden erst mit der Anzeige des Gläubigers an den Schuldner ein. Wird die Anzeige zwar unterlassen, aber eine über die Forderung lautende Urkunde (Lebensversicherungspolice) zur Sicherheit übergeben, so kann ein allerdings nur schuldrechtlich wirkendes Zurückbehaltungsrecht an der Urkunde begründet sein (RG 51, 83). Schuldrechtlich ist der Gläubiger dem Schuldner gegenüber auch berechtigt, sich wegen seiner Ansprüche aus der Forderung zu befriedigen, die verpfändet werden sollte (JW 1919, 117). — Gemäß § 1275 löst eine Anzeige nach § 1280 auch die Wirkungen des § 409 aus.

§ 1281

Der Schuldner kann nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten[1]). Jeder von beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich geleistet wird[2]); jeder kann statt der Leistung verlangen, daß die geschuldete Sache für beide hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abgeliefert wird[3]).

E I 1217 II 1188; M 3 861; P 3 522—524, 541.

1. **Verfangenschaft der verpfändeten Forderung.** Die Vorschrift enthält trotz ihrer Fassung — kann nur — nachgiebiges Recht (vgl. § 1284). Solange der Pfandgläubiger noch nicht in der Lage ist, sich aus dem Pfande zu befriedigen, also solange die Forderung des Pfandgläubigers noch nicht fällig oder doch — wenn der geschuldete Gegenstand nicht in Geld besteht — noch nicht in eine Geldforderung übergegangen ist, wird das Pfandrecht durch die Bestimmung geschützt, daß nicht mehr an den Gläubiger der verpfändeten Forderung allein, sondern nur an den Gläubiger und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich geleistet werden darf. Leistet der Schuldner dieser Bestimmung zuwider doch an seinen Gläubiger allein, so muß er sich vom Pfandgläubiger so behandeln lassen, wie wenn er nicht geleistet hätte (**RG** 77, 250). Eine Klage des Gläubigers auf Zahlung an ihn allein ist unbegründet. Verlangt er nachträglich Zahlung an sich und den Pfandgläubiger, so muß er die Prozeßkosten tragen, wenn der Schuldner diesen Antrag sofort anerkennt (**RG** 52, 144). Die Antragsänderung ist nach § 268 Nr 2 ZPO zulässig (**RG** 93, 198).

2. **Das Verlangen** auf Leistung zu gemeinschaftlichen Händen **zu stellen** und nötigenfalls im Klagewege geltend zu machen, **ist sowohl der Gläubiger wie der Pfandgläubiger berechtigt.** Jeder kann die Mitwirkung des anderen dazu beanspruchen, soweit sie erforderlich ist (§ 1285 Abs 1). Keiner aber ist dem anderen gegenüber verpflichtet, die Forderung für beide einzuziehen. Klagt der Pfandgläubiger als Hauptintervenient gegen Gläubiger und Schuldner auf Anerkennung seines Pfandrechts, so kann der Rechtsstreit beiden Beklagten gegenüber nur einheitlich entschieden werden (**RG** 64, 321).

3. Die Vorschriften des § 1281 sind auch auf das Arrestpfandrecht an Forderungen **entsprechend anwendbar** (**RG** JW 1912, 753[18]). Die Entscheidung ist angefochten, sie erscheint aber richtig. Die — bei der Arrestpfändung ausgeschlossene — Überweisung nach § 835 ZPO ist nur nötig, damit der Pfandgläubiger die Forderung für sich, d. h. zu seiner Befriedigung, einziehen kann. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei der entsprechenden Anwendung des § 1281 nur um Sicherungszwecke.

§ 1282

Sind die Voraussetzungen des § 1228 Abs 2 eingetreten, so ist der Pfandgläubiger zur Einziehung der Forderung berechtigt[1]) und kann der Schuldner nur an ihn leisten[2]). Die Einziehung einer Geldforderung steht dem Pfandgläubiger nur insoweit zu, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist[1]). Soweit er zur Einziehung berechtigt ist, kann er auch verlangen, daß ihm die Geldforderung an Zahlungsstatt abgetreten wird[3]).

Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist der Pfandgläubiger nicht berechtigt[4]); das Recht, die Befriedigung aus der Forderung nach § 1277 zu suchen, bleibt unberührt.

E I 1218 II 1189; M 3 861—863; P 3 522—525, 530, 541

1. **Einziehungsrecht des Pfandgläubigers.** Das Erfüllungsverlangen des einziehungsberechtigten Pfandgläubigers an den Pfandschuldner hat einerseits den Bestand und die Fälligkeit der verpfändeten Forderung und anderseits die eigene Einziehungsberechtigung des Pfandgläubigers, also den Bestand seiner eigenen Forderung als Geldforderung und deren Fälligkeit (vgl. **RG** 78, 34) sowie den Bestand des Pfandrechts zur Voraussetzung. Alle diese Voraussetzungen hat der einziehende Pfandgläubiger nötigenfalls nachzuweisen (**RG** 15. 5. 07 V 509/06). Kraft seiner Einziehungsbefugnis kann der Pfandgläubiger auch Quittung und Löschungsbewilligung erteilen. Soweit dem Schuldner gegen den Gläubiger Einreden wegen der Schuld zustehen, können sie auch gegen den einziehenden Pfandgläubiger geltend gemacht werden. Dieser muß sich grundsätzlich (vgl. §§ 1275, 406) auch die Aufrechnung gefallen lassen, die dem Schuldner wider den Gläubiger der verpfändeten Forderung zusteht (**RG**

20. 2. 06 VII 239/05). Vgl. auch BayObLGZ 13, 63. — Der Rechtsstreit des einziehungsberechtigten Vertragspfandgläubigers greift der Forderung des Gläubigers nicht vor (RG 83, 120). — Für die Pflichten des Pfandgläubigers macht es keinen Unterschied, ob die Verpfändung als solche verlautbart oder in der Form der Sicherheitsabtretung getätigt oder in die Form eingekleidet war, daß der Gläubiger ermächtigt wurde, eine unausgefüllte Abtretungserklärung auszufüllen und so die Forderung weiterzugeben. Der Pfandgläubiger hat stets bei der Verwertung des Pfandes den Nutzen des Pfandschuldners zu berücksichtigen, soweit das ohne Beeinträchtigung seines eigenen Rechtskreises möglich (RG 25. 2. 05 V 554/04).

Abs 1 Satz 2 hindert nicht, daß der Pfandgläubiger im Konkurse die volle Forderung anmeldet.

2. **Die Stellung des Gläubigers zum Schuldner** erleidet durch den Eintritt der Einziehungsberechtigung des Pfandgläubigers insofern eine Änderung, als an ihn nicht mehr geleistet werden kann. Dies hindert ihn nicht, von dem Schuldner die Leistung an den Pfandgläubiger zu verlangen. Eine Verpflichtung, auf diesem Wege die Leistung an den Pfandgläubiger zu erzwingen, besteht für den Gläubiger nach dem Gesetze nicht. Auch eine Pflicht zur Mitwirkung bei der Einziehung ergibt sich im Falle des § 1282 (anders als im Falle des § 1281) für den Gläubiger aus dem Gesetze nicht. Für den Fall aber, daß der Gläubiger durch Widerspruch gegen die Leistung des Schuldners an den Pfandgläubiger den Schuldner zur Leistungsverweigerung und Hinterlegung veranlaßt hat, ist angenommen worden, daß der Pfandgläubiger den Gläubiger im Klagewege zwingen kann, in die Leistung an ihn einzuwilligen (RG 20. 2. 06 VII 239/05). Die Frage, wem beim Bestehen mehrerer Pfandrechte an einer Forderung die Ausübung des Einziehungsrechts zukommt, ist in § 1290, die Frage der Einziehungspflicht des Pfandgläubigers in § 1285 Abs 2, endlich die Frage nach den Rechtswirkungen der geschehenen Einziehung in den §§ 1287, 1288 geregelt.

3. **Die Stellung des Pfandgläubigers zum Schuldner** gleicht, soweit er einziehungsberechtigt ist, der des Rechtsnachfolgers des Gläubigers im Sinne des § 727 ZPO. Er kann deshalb insoweit auch für sich eine vollstreckbare Ausfertigung der Schuldurkunde verlangen, in der der Schuldner sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat (BayObLGZ 11, 222). — Wird eine verpfändete Hypothek nach Eintritt der Verkaufsberechtigung (§ 1228 Abs 2) auf Grund des Pfandrechts und des Pfandverwertungsrechts nach §§ 1282, 1284 an den Pfandgläubiger abgetreten, so kann er sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch dann berufen, wenn bei der Hypothek vor der Abtretung, aber nach der Verpfändung und nach Eintritt der Verkaufsberechtigung ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist (RG 1. 4. 16 V 30/16).

4. **Ausschluß anderweitiger Verfügungen über die gepfändete Forderung.** Ausgeschlossen — und zwar mit dinglicher Wirkung — ist insbesondere das Recht des Pfandgläubigers zur Veräußerung der Forderung (RG 59, 107; 97, 39). Im Übrigen ist „Einziehung" aber nicht im engsten Sinne aufzufassen (RG 58, 108). Bei einer Geldforderung wird der Pfandgläubiger eine Sache an Zahlungsstatt annehmen dürfen, mit der Wirkung allerdings, daß seine eigene Geldforderung an den Pfandschuldner dadurch getilgt wird. Mit dieser Wirkung erscheinen auch andere Verfügungen über eine verpfändete Geldforderungen zulässig, z. B. Schenkung, Erlaß. Geht die verpfändete Forderung nicht auf Geld, so steht § 1287 im Wege. Ob dem Pfandgläubiger verwehrt sein soll, mit der ihm zur Einziehung zur Verfügung stehenden Forderung gegen eine Forderung aufzurechnen, die der Schuldner gegen ihn hat, oder ob eine solche Verfügung über den Rahmen der erlaubten Einziehung hinausgeht, ist streitig. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist die Frage der Aufrechnungsbefugnis des Pfandgläubigers bei Geldforderungen zu bejahen (RG 58, 109).

5. Auch § 1282 enthält **nachgiebiges Recht.** Bei entsprechender Vereinbarung nach § 1284 darf der Pfandgläubiger z. B. auch einen nichtöffentlichen Verkauf der Forderung vornehmen. Immer gilt aber § 1277 Abs 2. Jene Vereinbarung darf also nicht vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffen werden (RG 90, 256). Dasselbe gilt, ebenfalls nach § 1277 Abs 2, von der Verfallabrede des § 1229. Eine Ausnahme wird auch nicht durch § 1282 Abs 1 Satz 3 begründet.

§ 1283

[1]) **Hängt die Fälligkeit der verpfändeten Forderung von einer Kündigung ab, so bedarf der Gläubiger zur Kündigung der Zustimmung des Pfandgläubigers nur, wenn dieser berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen[2]).**

Die Kündigung des Schuldners ist nur wirksam, wenn sie dem Pfandgläubiger und dem Gläubiger erklärt wird.

Sind die Voraussetzungen des § 1228 Abs 2 eingetreten, so ist auch der Pfandgläubiger zur Kündigung berechtigt[3]); für die Kündigung des Schuldners genügt die Erklärung gegenüber dem Pfandgläubiger.

E I 1217, 1218 II 1190; M 3 860—862; P 3 525—527, 530, 541.

1. **Kündigungsrecht.** Die Frage der Kündigung ist für die Zeit vor dem Eintritte des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers in Abs 1, 2, für die Zeit nach dem Eintritte dieses Rechtes in Abs 3 geregelt. Alle diese Vorschriften enthalten nachgiebiges Recht (§ 1284). — Sind die Ansprüche aus einer Lebensversicherung verpfändet, so darf richtiger Ansicht nach der Pfandgläubiger das Versicherungsverhältnis nicht kündigen, um dadurch die Rückkaufssumme zu erlangen.

2. Die **Berechtigung, die Nutzungen der verpfändeten Forderung zu ziehen,** kann nur auf Grund besonderer Vereinbarung nach § 1213 Abs 1 bestehen. Die Rechtsvermutung des § 1213 Abs 2 greift nicht Platz, weil Forderungen, auch wenn sie verzinslich sind, nicht zu den „von Natur fruchttragenden Sachen" gerechnet werden können. Wegen der Zustimmung vgl. die §§ 182—184. Die Zustimmung des Pfandgläubigers könnte danach sowohl dem Gläubiger wie dem Schuldner gegenüber erklärt werden. Erfolgt die Zustimmung des Pfandgläubigers gegenüber dem Gläubiger, so kann der Schuldner die Kündigung des Gläubigers auf Grund der §§ 182 Abs 3, 111 bei Nichtvorlegen einer schriftlichen Einwilligung zurückweisen. Die Zurückweisung ist auch gegen den Versuch der Kündigung unter Vorbehalt der nachträglichen Zustimmung des Pfandgläubigers zulässig.

3. Ist das Pfandrecht an einer Forderung nur **auf eine bestimmte Zeit bestellt,** so genügt es zur Einhaltung der Frist, wenn der Pfandgläubiger vor ihrem Ablauf die verpfändete Forderung nach § 1283 Abs 3 kündigt. Wann die Kündigungsfrist endet und wann der Pfandgläubiger sich aus dem Pfande befriedigt, ist unerheblich (**RG** 27. 9. 15 V 275/15).

§ 1284

Die Vorschriften der §§ 1281 bis 1283 finden keine Anwendung, soweit der Pfandgläubiger und der Gläubiger ein anderes vereinbaren[1]).

E II 1191; P 3 542; 4 601.

1. **Vereinbarungen über abweichendes Verfahren.** Aus der Vorschrift ergibt sich keine Einschränkung des § 1277 Satz 2, der für das Pfandrecht an Rechten allgemeine Geltung beansprucht. Die §§ 1229, 1245 Abs 2 sind also als Schranken für die Vereinbarungsfreiheit in der Zeit bis zum Eintritte der Befriedigungsberechtigung auch hier entsprechend anzuwenden (**RG** 90, 256). Die Vereinbarungen sind gültig, auch wenn sie dem Drittschuldner nicht nach § 1280 angezeigt werden. Ihn schützt § 1275.

§ 1285

Hat die Leistung an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich zu erfolgen, so sind beide einander verpflichtet, zur Einziehung mitzuwirken, wenn die Forderung fällig ist[1]).

Soweit der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Forderung ohne Mitwirkung des Gläubigers einzuziehen, hat er für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen[2]). Von der Einziehung hat er den Gläubiger unverzüglich zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung untunlich ist[3]).

E I 1217, 1218 II 1192; M 3 862, 863; P 3 530, 532, 542.

1. Die **Mitwirkung** ist für die Zahlungsannahme geboten. Sie kann im Klagwege erzwungen werden (vgl. § 1078 A 1).

2. Die **Einziehungspflicht** besteht auch schon vor dem Eintritte der Befriedigungsberechtigung, wenn durch Vereinbarung dem Pfandgläubiger das Recht eingeräumt ist, die Forderung allein einzuziehen. Wegen des Gebots der ordnungsmäßigen Einziehung vgl. § 1074 A 2. Wird zur Einziehung Klage nötig, so kann der Pfandgläubiger nach § 72 ZPO dem Gläubiger den Streit verkünden. Der Pfandgläubiger hat anderseits nur die Einziehungspflicht, nicht außerdem noch die Pflicht, auch anderweit als bei der Einziehung (vgl. darüber § 1282 A 1) den Nutzen des Gläubigers und des Schuldners wahrzunehmen. Der Pfandgläubiger einer Hypothekforderung ist also nicht verpflichtet, bei einem von dritter Seite eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren zur Deckung der verpfändeten Hypothek Gebote abzugeben.

3. **Benachrichtigungspflicht** (vgl. § 1241). Dabei wird das Ergebnis der Einziehung mitzuteilen und insbesondere bei Geldforderungen der eingegangene Betrag anzugeben sein.

§ 1286

Hängt die Fälligkeit der verpfändeten Forderung von einer Kündigung ab, so kann der Pfandgläubiger, sofern nicht das Kündigungsrecht ihm zusteht, von dem Gläubiger die Kündigung verlangen, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist. Unter der gleichen Voraussetzung kann der Gläubiger von dem Pfandgläubiger die Zustimmung zur Kündigung verlangen, sofern die Zustimmung erforderlich ist[1]).

E I 1217 II 1193; M 3 860, 861; P 3 525, 527, 542.

1. **Pflicht zur Kündigung der verpfändeten Forderung** wegen Gefährdung. Die Vorschrift ist ihrem Zwecke nach verwandt mit den Vorschriften der §§ 1218 u. 1219 und der des § 1078 Satz 2. Dem Pfandgläubiger ist, sofern nicht anderweitige Vereinbarungen bestehen, die Kündigung versagt, solange seine Befriedigungsberechtigung noch nicht eingetreten ist. Der Gläubiger ist im Falle des Nutzungspfandes gebunden, die Zustimmung des Pfandgläubigers zur Kündigung einzuholen (§ 1283). Ob eine Gefährdung der Sicherheit der Forderung im Sinne des § 1286 vorliegt, ist nach den Umständen zu würdigen. Daß die gefährdenden Umstände erst nach der Pfandbestellung eingetreten sind, ist nicht Voraussetzung des Schutzes des § 1286. Die Kündigung kann verlangt werden, auch wenn der Schuldner schon bei Entstehung der Schuld in schlechten Vermögensverhältnissen war. Dagegen kann die Kündigung nicht wegen unvorteilhafter Anlegung verlangt werden, etwa um das Zinsenerträgnis zu verbessern. — Die Vollstreckung des Urteils erfolgt im Falle des Satzes 1 nach § 888 ZPO, im Falle des Satzes 2 nach § 894 ZPO.

§ 1287

Leistet der Schuldner in Gemäßheit der §§ 1281, 1282, so erwirbt mit der Leistung der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Gegenstande. Besteht die Leistung in der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, so erwirbt der Pfandgläubiger eine Sicherungshypothek[1]).

E I 1219 II 1194; M 3 864, 865; P 3 532, 533, 536, 542.

1. **Wirkungen der Einziehung der verpfändeten Forderung.** Die nächste Folge der Leistung des Schuldners, also der Erfüllung der verpfändeten Forderung, ist das Erlöschen der Forderung (§ 362) und damit auch das Erlöschen des daran bestellten Pfandrechts. Das letztere erlischt jedoch nicht ohne Ersatz, sofern nicht schon durch die Leistung des Schuldners die Befriedigung des Pfandgläubigers eingetreten ist (§ 1288 Abs 2). Ersatzpfand für die erloschene Pfandforderung wird der zufolge der Einziehung vom Schuldner geleistete Gegenstand, sei es Geld oder ein anderer Gegenstand. Der Gläubiger erwirbt den geleisteten Gegenstand ohne Unterschied, ob an ihn und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich geleistet ist oder an den letzteren allein, und zwar erwirbt der Gläubiger daran, wenn der Gegenstand eine bewegliche Sache oder ein Grundstück ist, das Eigentum, der Pfandgläubiger aber erwirbt an der Sache ein Pfandrecht, an dem Grundstücke eine Sicherungshypothek. Für das Grundstück sind die Erwerbsvoraussetzungen der Auflassung und Eintragung schon vorher auf Grund der Verpflichtung zur Leistung zu erfüllen. Wenn an den Pfandgläubiger allein zu leisten ist, handelt er bei dem Eigentumserwerb für den Gläubiger als dessen Vertreter kraft gesetzlicher Vorschrift (vgl. § 1075). Es ist deshalb auch § 166 Abs 1 anzuwenden. Wird die Forderung nach § 1281 eingezogen, so erwerben der Gläubiger und der Pfandgläubiger gemeinschaftlich unmittelbaren Besitz, wird sie nach § 1282 eingezogen, so erwirbt nur der Pfandgläubiger unmittelbaren, der Gläubiger mittelbaren Besitz an der Sache. Auf Grund seines neuen Pfandrechts, nun Pfandrechts an der Sache, kann der Pfandgläubiger, wenn seine Befriedigungsberechtigung eingetreten ist, zur Befriedigung seiner Forderung aus der verpfändeten beweglichen Sache nach §§ 1228 ff., zur Befriedigung aus dem Grundstücke nach § 1147 weiter vorgehen. Besteht der Gegenstand der Leistung nicht in einer beweglichen Sache oder einem Grundstücke, sondern in der Verschaffung eines Rechtes, so wird durch die Leistung dem Gläubiger das Recht, dem Pfandgläubiger das Pfandrecht an dem Rechte erworben. Die Fälle zu regeln, in denen an dem Gegenstand der Forderung ein Pfandrecht nicht bestehen kann, ist den Beteiligten überlassen. — Was von den Grundstücken gilt, gilt auch von den grundstücksgleichen Rechten. Aber auch der Ansicht ist beizutreten, daß § 1287 entsprechend

anwendbar, wenn ein Anspruch auf Bestellung eines Rechtes an einem Grundstück oder ein Grundbuchberichtigungsanspruch verpfändet ist. Mit der Eintragung des Rechtes entsteht auch das Pfandrecht daran.

§ 1288

Wird eine Geldforderung in Gemäßheit des § 1281 eingezogen, so sind der Pfandgläubiger und der Gläubiger einander verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß der eingezogene Betrag, soweit es ohne Beeinträchtigung des Interesses des Pfandgläubigers tunlich ist, nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Pfandgläubiger das Pfandrecht bestellt wird. Die Art der Anlegung bestimmt der Gläubiger[1]).

Erfolgt die Einziehung in Gemäßheit des § 1282, so gilt die Forderung des Pfandgläubigers, soweit ihm der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt, als von dem Gläubiger berichtigt[2]).

E I 1219, 1221 II 1195; M 3 865, 866; P 3 532—534, 542.

1. **Die Anlegung des eingezogenen Geldes,** das an die Stelle der durch die Leistung erloschenen Forderung getreten ist, kann nur in Frage kommen, wenn die Befriedigungsberechtigung des Pfandgläubigers noch nicht eingetreten ist. Denn andernfalls dient das Geld unmittelbar der Befriedigung des Pfandgläubigers (Abs 2). Im einzelnen ist die Geldanlegung nach Einziehung einer pfandbelasteten Forderung ebenso geregelt wie die Wiederanlegung nach der Einziehung eines Kapitals, das mit einem Nießbrauch belastet war, nur daß es im § 1288 dem Gläubiger überlassen ist, die Art der Anlegung zu bestimmen. Vgl. darum § 1079.

2. **Befriedigung des Pfandgläubigers durch die Einziehung.** Zieht der Pfandgläubiger auf Grund seines Befriedigungsrechts eine Geldforderung ein, so ergeben sich an dem Eingezogenen dieselben Rechtsverhältnisse wie am Barerlös beim Pfandverkaufe nach § 1247 Satz 1. Nur in einem Punkte ergibt sich eine Abweichung. Aus dem Satze, daß dem Pfandgläubiger die Einziehung der Geldforderung nur insoweit zusteht, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist, ergibt sich, daß der Schuldner über diesen Betrag hinaus an den Pfandgläubiger nicht zahlen darf. Überschreitet er bei der Zahlung diesen Betrag, so braucht der Gläubiger insoweit die Zahlung nicht als für ihn geleistet anzuerkennen. Genehmigt er den Verstoß nicht nachträglich durch Annahme des Mehrbetrags vom Pfandgläubiger, so ist insoweit die Forderung nicht erloschen, sondern sie steht insoweit — nunmehr durch die Befriedigung des Pfandgläubigers vom Pfandrechte befreit — dem Gläubiger noch zu. Der Pfandgläubiger aber hat den Mehrbetrag, um den er nun grundlos bereichert ist, an den Schuldner zurückzugeben. — Wenn der Gläubiger der verpfändeten Forderung für die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung nicht persönlich haftet, so erlischt diese nicht, geht vielmehr nach § 1225,§ 1273 Abs 2 auf ihn über (RG Recht 1918 Nr 246).

§ 1289

Das Pfandrecht an einer Forderung erstreckt sich auf die Zinsen der Forderung. Die Vorschriften des § 1123 Abs 2 und der §§ 1124, 1125 finden entsprechende Anwendung; an die Stelle der Beschlagnahme tritt die Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner, daß er von dem Einziehungsrechte Gebrauch mache[1]) [2]).

E I 1222 II 1196; M 3 866, 867; P 3 534—536, 543.

1. **Erstreckung des Pfandrechts auf die Zinsen der verpfändeten Forderung.** Das Gesetz erstreckt, soweit die Beteiligten nichts anderes vereinbart haben, das Pfandrecht an der Forderung auch auf deren — gesetzliche oder vertragsmäßige — Zinsen in demselben Umfange, wie es in den — jetzt in der Fassung des Ges. v. 8. 6. 15 (RGBl 327) geltenden — §§ 1123 bis 1125 die Hypothek auf die Mietzinsen des belasteten Grundstücks erstreckt. Die Regelung geht der Hauptsache nach dahin: Die pfandrechtliche Haftung der Zinsen hat ihren Angelpunkt in der Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner, daß er von dem Einziehungsrecht in Ansehung der Zinsen Gebrauch mache. Damit wird die pfandrechtliche Haftung wirksam für die verfallenen Zinsen bis auf ein Jahr von der Anzeige zurück und für die weiter verfallenden. Sind Zinsen schon vor der Anzeige bezahlt oder wegveräußert, so ist die Verfügung dem Pfandgläubiger gegenüber insoweit wirksam, als sie sich nicht auf den Zins für eine

spätere Zeit als das zur Zeit der Anzeige laufende Kalendervierteljahr bezieht; nur wenn die Anzeige innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs erfolgt, ist die Verfügung auch insoweit wirksam, als sie sich auf den Zins für das folgende Kalendervierteljahr bezieht. Im einzelnen vgl. die §§ 1123—1125 und die Bemerkungen dazu. Satz 1 des § 1289 enthält nachgiebiges Recht. Die Haftung der Zinsen kann mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden (RG Warn 1914 Nr 245). Soll das Recht auf den Zinsbezug nachträglich auch verpfändet werden, so ist eine neue formgültige Verpfändung nötig. Die vertragliche Mitverpfändung der Zinsen dagegen ist überflüssig und hindert nicht, § 1289 Satz 2 anzuwenden. Unanwendbar ist diese Vorschrift aber auf ein Nutzpfandrecht im Sinne des § 1213 Abs 1. Hier stehen dem Pfandgläubiger die Zinsen der Forderung von vornherein so zu, als wenn sie ihm abgetreten wären, er erwirbt sie zu Eigentum (RG Warn 1914 Nr 245). Kommt bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks ein verpfändetes Recht zur Hebung und geht das Recht des Pfandgläubigers nicht auf die Zinsen, so steht ihm auch kein Recht an dem auf die Zinsen entfallenden Teil des Versteigerungserlöses zu; die §§ 10, 12 ZVG treffen auch auf das Verhältnis des Berechtigten zu seinem Pfandgläubiger zu (RG Warn 1915 Nr 85).

2. Unter dem **Einziehungsrecht** ist nicht nur das nach § 1282, sondern auch das nach § 1281 zu verstehen. Das hat wohl auch RG Warn 1914 Nr 245 nicht leugnen wollen, obwohl dort zu „Einspruchsrecht" nur angezogen werden die §§ 1282, 1228 Abs 2.

§ 1290

Bestehen mehrere Pfandrechte an einer Forderung, so ist zur Einziehung nur derjenige Pfandgläubiger berechtigt, dessen Pfandrecht den übrigen Pfandrechten vorgeht[1]).

E I 1218 II 1197; M 3 863; P 3 532, 543.

1. **Einziehungsordnung für den Fall einer Mehrheit von Pfandrechten.** Von mehreren Pfandrechten ungleichen Ranges, die an einer Forderung bestehen, gewährt nur das älteste das Einziehungsrecht; vgl. dazu § 1282 A 4. Ein Recht der nachstehenden Pfandgläubiger, zu verlangen, daß der Schuldner an alle Pfandgläubiger oder an einen Verwahrer leiste oder hinterlege, ist nicht anzuerkennen. In M 3, 863 wird zwar ein solcher Anspruch insoweit für berechtigt erachtet, als der Gläubiger gleichfalls hierzu befugt ist. Allein gegen diese Annahme spricht der Wortlaut des Gesetzes und der Umstand, daß ein derartiges Recht der nachstehenden Pfandgläubiger das Recht des an erster Stelle stehenden beeinträchtigen müßte. Denn als allein Einziehungsberechtigter kann der an erster Stelle stehende Pfandgläubiger verlangen, daß an ihn allein geleistet wird. Die nachstehenden Pfandgläubiger dürfen danach nur Leistung an den vorgehenden fordern. Die Möglichkeit, daß auch die nachstehenden Pfandgläubiger selbst zum Einziehungsrechte gelangen, ist damit nicht ausgeschlossen. Einmal kann der vorgehende Gläubiger zugunsten eines nachstehenden zurücktreten, so daß der Drittschuldner dann an diesen mit befreiender Wirkung zahlen kann (RG SeuffA 69 Nr 68). Außerdem aber scheidet der bisherige Einziehungsberechtigte aus, wenn er aus der verpfändeten Forderung befriedigt, diese selbst aber dadurch noch nicht erschöpft ist. Nach ihm tritt der bisherige zweite als nunmehr erster Pfandgläubiger in das Einziehungsrecht hinsichtlich des Überrestes der Forderung ein. Für den Fall, daß mehrere Pfandrechte gleichen ersten Ranges an derselben Forderung bestehen, greift § 432 ein, und zwar auch bei Geldforderungen. Wollte man es jedem Pfandgläubiger überlassen, den Betrag seiner Forderung oder gegebenenfalls den auf seine Forderung anteilmäßig entfallenden Betrag der verpfändeten Forderung selbständig für sich einzuziehen, so könnte das bei einem nicht voll zahlungsfähigen Drittschuldner zu einer Bevorzugung der zuerst vorgehenden Pfandgläubiger führen, auf die sie keinen Anspruch haben. — Die gegenseitigen Rechte mehrerer Pfändungspfandgläubiger werden nicht durch § 1290, sondern durch die Vorschriften der ZPO bestimmt. Auch der nachstehende kann sich die gepfändete Forderung oder das sonstige Vermögensrecht zur Einziehung überweisen lassen (§ 835 ZPO), er kann auch die Anordnung des Verkaufs nach §§ 844, 857 ZPO erwirken, alles das, selbst wenn die Forderung bereits dem verpfändenden Gläubiger zur Einziehung überwiesen ist (RG 97, 35).

§ 1291

Die Vorschriften über das Pfandrecht an einer Forderung gelten auch für das Pfandrecht an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld[1]).

E I 1224 II 1198; M 3 867; P 3 536.

1. Bei der Anwendung der Vorschriften über das Forderungspfandrecht auf das **Pfandrecht an Grundschulden und Rentenschulden** wird als Schuldner der Eigentümer des Grundstücks zu unterstellen sein, die einzelnen Renten der Rentenschuld werden als Zinsen zu behandeln sein (§ 1200). Vgl. im übrigen § 1080.

§ 1292

Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann[1]), genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers[2]) und die Übergabe[3]) des indossierten[4]) Papiers[5])[6]).

E I 1225 II 1199; M 3 868; P 3 527—529.

1. **Pfandrecht an Wechseln und anderen indossablen Papieren, Orderpapieren.** Indossable Papiere, Orderpapiere (vgl. Vorbem 1 vor § 793) sind außer den Wechseln insbesondere Schecks (Scheckgesetz v. 11. 3. 08, RGBl 17), kaufmännische Anweisungen und Verpflichtungsscheine und an Order gestellte Konnossemente, Ladescheine, Lagerscheine, Bodmereibriefe, Transportversicherungspolicen (HGB § 363). Über die Rechtsnatur des im § 1292 geregelten Geschäfts und demgemäß auch über seine Rechtsfolgen herrscht Streit. Dazu trägt auch der Umstand bei, daß es in Deutschland nicht wie in romanischen Ländern üblich ist, ein Pfandindossament durch einen entsprechenden Zusatz als solches zu kennzeichnen. Nach der einen Ansicht handelt es sich im § 1292 um die wahre Verpfändung einer Forderung dahin, daß der Verpfänder Gläubiger bleibt, der Pfandgläubiger aber nur Pfandrecht an der Forderung erwirbt und außerdem durch das Indossament — Vollindossament, nicht Prokuraindossament nach Art 17 WO — und die Übergabe des Papiers nach außen hin in die Lage versetzt wird, zum Zwecke der Befriedigung seiner pfandgeschützten Forderung — also in Ausübung seines Pfandrechts — die verpfändete Forderung nicht als ihr wirklicher Eigengläubiger, sondern nur in der Rolle des Eigengläubigers einzuziehen oder — soweit dies nach § 1294 gestattet ist — durch Weiterübertragung zu Gelde zu machen. Nach der anderen Ansicht handelt es sich um eine Abtretung des Forderungsrechts selbst zum Zwecke der Sicherung dahin, daß derjenige, dessen Forderung durch das Geschäft gesichert werden soll, nicht Pfandrecht an der zu seiner Sicherung bestimmten Forderung erwirbt, sondern selbst an Stelle des bisherigen Gläubigers dieser Forderung Gläubiger wird, um sich als solcher für seine zu sichernde Forderung Befriedigung zu verschaffen und, soweit letzteres nicht nötig ist, die Forderung wieder an den ursprünglichen Gläubiger zurückzuübertragen. In den Motiven zum Entwurfe des BGB ist die zweite Ansicht vertreten (M 3, 868). Bei der Beratung des Entwurfs in der zweiten Kommission ließ man die Frage unentschieden (Prot 3 527—529). In der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist bis jetzt noch nicht entscheidend Stellung genommen. Die Rechtswissenschaft sieht überwiegend in der Verpfändungsform des § 1292 eine wahre Pfandrechtsbestellung, nicht eine Sicherungsübertragung. Dieser Meinung ist zu folgen. Die gegenteiligen Ausführungen von Mansfeld (LZ 1913, 417 ff.) sind nicht überzeugend. Wortlaut und Inhalt der §§ 1292, 1294, 1295 und ihre Stellung im BGB führen zu der Annahme daß die der Begebung des Papiers zugrunde liegende Einigung im Sinne des Gesetzes nicht die Übertragung der Forderung, sondern die Bestellung des Pfandrechts zum Gegenstande haben soll. Die Form der Übertragung durch Indossament aber steht dem nicht entgegen, weil hier wie auch sonst bei der Übertragung durch Indossament entscheidend für das Rechtsverhältnis nicht das Indossament selbst ist, sondern der Begebungsvertrag. Die Verpfändung des § 1292 ist also wahre Verpfändung. Dies schließt die Möglichkeit einer Sicherungsübertragung an indossablen Papieren nicht aus. Die Beteiligten können vielmehr auch hierauf sich einigen. Das Rechtsgeschäft untersteht aber dann nicht den Vorschriften des § 1292. Da die Form des § 1292 „genügt", aber nicht erfordert wird, so kann das Recht aus einem Wechsel — oder einem sonstigen Orderpapier (OLG 26, 206) — auch nach der Regel des § 1274 in den Formen verpfändet werden, die für die Übertragung des Rechtes gelten, also durch Pfandvertrag und die Übergabe des — nicht indossierten — Papiers (RG 26, 100). Es gibt sonach drei Wege, um einen Wechsel zur Sicherung eines Gläubigers zu verwenden. Bei der Sicherungsübereignung wird ihm das Wechselrecht mit dinglicher Wirkung übertragen, also nach außen und auch im Innenverhältnis; nur in einer schuldrechtlichen Bindung wird der Sicherungszweck ausgedrückt. Bei der Pfandbestellung nach § 1274 erwirbt der Gläubiger nur ein Pfandrecht, wie es in den §§ 1273ff. näher umschrieben ist. Bei der Pfandbestellung endlich nach § 1292 erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht mit weitergehenden Befugnissen. Er bleibt zwar im Innenverhältnis auch nur Pfandgläubiger, er wird aber nach außen durch das Indossament als Eigentümer des Wechsels ausgewiesen, und er hat nach außen auch rechtlich dessen Stellung, soweit nicht zwingende Vorschriften des Gesetzes eingreifen. Dazu gehört namentlich der — nach § 1284 allerdings nur nachgiebiges Recht enthaltende — § 1282 Abs 2, der eine Veräußerung des Wechsels — außer im Falle des § 1295 — nicht nur ver-

bietet, sondern ausschließt. Ein Zuwiderhandeln macht nicht nur schadensersatzpflichtig, sondern bleibt ohne rechtliche Wirkung (RG 58, 107). Aus der Eigentümerstellung nach außen folgt aber, daß der gutgläubige Erwerb des Wechselpfandgläubigers nach Art 74 WO geschützt wird und daß ihm nur die Einreden des Art 82 WO entgegengesetzt werden dürfen. Aus seiner Pfandgläubigerstellung nach innen folgt wiederum, daß er gegen den Verpfänder keinen wechselmäßigen Anspruch erwirbt. Mit anderen Worten, der nach § 1292 ausgewiesene Wechselpfandgläubiger hat die rechtliche Stellung, die der von Mansfeld a. a. O. mitgeteilte Art 18 der Haager Wechselordnung v. 23. 7. 12 dem durch ein offenes Pfandindossament ausgewiesenen Wechselpfandgläubiger zubilligt. Ein Vollindossament, das als verstecktes Pfandindossament nur Pfandrechtswirkungen auslöst, erkennt die Haager Wechselordnung allerdings nicht an. Sollte es zu ihrer Einführung kommen, müßte § 1292 etwa den Zusatz erhalten: „Ein Pfandrecht wird aber nur erworben, wenn die Verpfändung aus dem Indossament ersichtlich ist." Damit wäre dann auch der unleugbare Übelstand beseitigt, daß jetzt das Pfandindossament von dem Vollindossament nicht zu unterscheiden ist und der Erwerber eines Wechsels nicht wissen kann, ob sein Vormann Eigentum oder nur Pfandrecht an dem Wechsel hat, ob er selbst also den Wechsel gültig erwerben kann oder ob das selbst bei gutem Glauben nicht möglich ist.

2. Die **Einigung** muß dahin gehen, daß dem Gläubiger für seine Forderung an der Forderung, über die das Papier ausgestellt ist, das Pfandrecht zustehen soll.

3. Zur **Übergabe** des Papiers ist Einräumung des unmittelbaren Besitzes erforderlich.

4. Das **Indossament** kann auch Blankoindossament sein. Vgl. über das Indossament WO Artt 9ff., ScheckG § 8, HGB §§ 363ff.

5. Die **Pfändung** von indossablen Papieren ist in ZPO § 831 geregelt. Die Wirkungen der Pfändung werden auch in erster Linie durch die Vorschriften der ZPO bestimmt (RG 97, 40).

6. Über die **Befriedigung aus indossablen Wertpapieren** und die **Erstreckung des Pfandrechts auf die zugehörigen Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine** vgl. §§ 1294—1296.

§ 1293

Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen[1]).

E I 1226 II 1200; M 3 868, 869; P 3 530—532.

1. **Pfandrecht an Inhaberpapieren.** Über den Begriff des Inhaberpapiers vgl. § 793 nebst der Vorbemerkung und den Amerkungen dazu. Papiere, die nicht selbst Träger der Forderung sind, sondern nur zu deren Beweis dienen, können nicht Gegenstand eines Faustpfandrechts sein, an ihnen ist nur ein — bloß schuldrechtlich wirkendes — Zurückbehaltungsrecht möglich (RG 51, 83). Auch Inhaberpapiere, die noch nicht in den Verkehr gebracht sind, können verpfändet werden. In der Verpfändung liegt dann gleichzeitig die Begebung (RG JW 1898, 361; 1913, 200). Auf das Pfandrecht am Inhaberpapier, obwohl es Pfandrecht an einer Forderung ist, finden der Hauptsache nach nicht die Vorschriften über das Pfandrecht an Forderungen Anwendung, sondern die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen, so, wie wenn ausschließlich das Papier Gegenstand des Pfandrechts wäre (RG 58, 10). Die Verpfändung kann also auch nach §§ 1205 Abs 2, 1206 bewirkt werden, doch wird im letzteren Falle der Pfandgläubiger entsprechend § 1231 Einräumen des Alleinbesitzes verlangen können, wenn er die Forderung einziehen will. Der Schutz des Pfandrechts nach § 1227 wird durch die Ausnahmebestimmung in § 1006 Abs 1 Satz 2 erschwert. Auch die Vorschriften über das gesetzliche Pfandrecht an beweglichen Sachen (§ 1257) erstrecken sich ohne weiteres auf die Inhaberpapiere. Über die Pfändung von Inhaberpapieren vgl. ZPO §§ 808, 821, 823, über die Einziehung der Forderung aus dem Inhaberpapier § 1294, über die Erstreckung des Pfandrechts auf die Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine zu Inhaberpapieren § 1296. Wegen der besonderen Bestimmungen über die Verpfändung von Inhaberpapieren im Bankdepotverkehr vgl. die §§ 2, 8 des DepotG v. 5. 7. 96 (RGBl 183) und dazu RG 68, 130; 71, 337 und RG Warn 1910 Nr 136; 1911 Nr 157.

§ 1294

Ist ein Wechsel, ein anderes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, oder ein Inhaberpapier Gegenstand des Pfandrechts, so ist, auch wenn die Voraussetzungen des § 1228 Abs 2 noch nicht eingetreten sind, der Pfandgläubiger zur Einziehung und, falls Kündigung erforderlich ist, zur Kündigung berechtigt und kann der Schuldner nur an ihn leisten[1]).

E I 1226 II 1201; M 3 869; P 3 529, 531; 6 262, 263.

1. Einziehung und Kündigung von indossablen Papieren und Inhaberpapieren. Aus der Vorschrift ergibt sich für den Fall der Verpfändung eines indossablen Papiers eine Erweiterung des dem Pfandgläubiger durch die §§ 1281—1283 eingeräumten Kündigungs- und Einziehungsrechts dahin, daß der Pfandgläubiger, wenn die Forderung kündbar oder fällig geworden ist, schon vor dem Eintritte seines Befriedigungsrechts selbständig und allein zu kündigen und einzuziehen berechtigt ist. Ob bei Orderpapieren die Verpfändung nach § 1292 oder nach § 1274 bewirkt ist, macht keinen Unterschied. Nach § 1284 kann die Vorschrift durch Vertrag mit schuldrechtlicher Wirkung ausgeschlossen werden. Die Berechtigung zur Einziehung zieht nach § 1285 Abs 2 die Pflicht zur Einziehung nach sich — vgl. wegen der Einlösung von Pfandscheinen OLG 26, 207 —, die Einziehung selbst aber zieht die in den §§ 1287, 1288 Abs 1 bezeichneten Rechtswirkungen nach sich und daneben die Benachrichtigungspflicht des § 1285 Abs 2 Satz 2. Für den am Inhaberpapier Pfandberechtigten ergibt sich aus § 1294, daß er für die Frage der Kündigung und Einziehung und der sich daran knüpfenden Folgen als Forderungspfandgläubiger zu betrachten ist und daß auf ihn deshalb außer dem § 1294 die §§ 1282 Abs 1 Satz 1, 1283 Abs 3, 1285 Abs 2, 1287, 1288 Anwendung finden. Die fällige Geldforderung kann nach § 1294 vom Pfandgläubiger nicht bloß insoweit eingezogen werden, als es zu seiner Befriedigung notwendig ist, sondern nach ihrem ganzen Betrage. Dabei bleibt es auch nach Eintritt der Voraussetzungen des § 1228 Abs 2. Sind diese gegeben, so kann der Pfandgläubiger auch verlangen, daß eine Geldforderung ihm an Zahlungs Statt abgetreten wird, soweit sie zu seiner Befriedigung notwendig ist. An diesen Bestimmungen des § 1282 Abs 1 ist durch § 1294 nichts geändert.

§ 1295

Hat ein verpfändetes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, einen Börsen- oder Marktpreis, so ist der Gläubiger nach dem Eintritte der Voraussetzungen des § 1228 Abs 2 berechtigt, das Papier nach § 1221 verkaufen zu lassen[1]).

P 3 528, 531, 532; 6 262, 263.

1. Pfandverkauf von Orderpapieren, die Börsen- oder Marktpreis haben. Das Verkaufsrecht ist dem Pfandgläubiger vom Eintritte seines Befriedigungsrechts, also vom Zeitpunkt der Fälligkeit seiner Forderung als Geldforderung an, ausnahmsweise neben dem Einziehungsrecht und dem Recht aus § 1277 gewährt. Ob das Papier nach § 1292 oder nach § 1274 verpfändet ist, bleibt auch hier gleichgültig. Nur der Verkauf durch die im § 1221 aufgeführten öffentlich berufenen Personen ist zugelassen, nicht auch die Pfandversteigerung. Zu bejahen ist die bestrittene Frage, ob bei dem Verkaufe die für den Pfandverkauf in §§ 1234ff. gegebenen Vorschriften anzuwenden sind, ob insbesondere die vorherige Androhung zu erfolgen hat und die Wartefrist abzuwarten ist (§ 1234). Für die Bejahung spricht außer der Erwägung, daß nicht beabsichtigt sein konnte, den Pfandverkauf der Orderpapiere mehr zu erleichtern als den der Inhaberpapiere, noch ein weiterer, aus dem Gesetzeszusammenhange zu entnehmender Grund. Der Verkauf ist als Verkauf zum Zwecke der Befriedigung des Pfandgläubigers gestattet, nicht als Notverkauf wie im § 1221. Wenn trotzdem im § 1295 nicht die Bestimmung des § 1235 über die Zulässigkeit freihändigen Pfandverkaufs für anwendbar erklärt worden ist, so hat dies seinen Grund darin, daß im § 1235 ebenfalls wieder auf § 1221 verwiesen ist und man die doppelte Verweisung scheute. Die Worte: „Der Gläubiger ist berechtigt, das Papier nach § 1221 verkaufen zu lassen" erklären sonach in Wirklichkeit den § 1235 für anwendbar. Daß aber der Pfandverkauf nach § 1235 den Vorschriften des § 1234 unterliegt und nicht von ihnen ausgenommen ist, weil er „nach § 1221 erfolgt", ist unzweifelhaft. Ein Recht des Pfandgläubigers, selbst in den Verkauf einzutreten, d. h. das Papier ohne weiteres zum Börsenkurse zu behalten, kann aus § 1295 nicht abgeleitet und ohne besondere Vereinbarung zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger nicht anerkannt werden.

§ 1296

Das Pfandrecht an einem Wertpapier erstreckt sich auf die zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine nur dann, wenn sie dem Pfandgläubiger übergeben sind. Der Verpfänder kann, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, die Herausgabe der Scheine verlangen, soweit sie vor dem Eintritte der Voraussetzungen des § 1228 Abs 2 fällig werden[1]) [2]) [3]).

E II 1202; P 3 534, 535.

1. Haftung der Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine für die Forderung. Während nach § 1289 das Pfandrecht an einer Forderung sich mangels entgegenstehender Vereinbarung auf die Zinsen der Forderung erstreckt, gilt nicht das gleiche für die Zinsscheine zu Wertpapieren — sei es zu Inhaberpapieren, Orderpapieren oder anderen Wertpapieren. Diese Scheine sind von der Mitverpfändung ausgenommen, wenn sie nicht mitübergeben sind, und selbst die mitübergebenen Scheine werden von der Haftung frei, wenn sie fällig werden, bevor der Pfandgläubiger die Befriedigungsberechtigung erlangt hat. Für Renten- und Gewinnanteilscheine gilt dasselbe. Aber auch soweit sich das Pfandrecht auf Scheine dieser Art erstreckt, gebühren die Zinsen, Renten und Gewinnanteile dem Pfandgläubiger nur dann, wenn ihm die Nutzung eingeräumt ist, und er kann sie mangels eines solchen Nutzungsrechts — unbeschadet seiner Einziehungsbefugnis nach § 1294 — erst dann für sich einlösen, wenn seine eigene pfandgesicherte Forderung als Geldforderung fällig geworden ist. Die Zinsscheine, die vor dem Eintritte des Befriedigungsrechts des Pfandgläubigers fällig werden, hat der Verpfänder zu beanspruchen, soweit nicht etwa ein Einwand aus § 240 (notwendige Ergänzung der Sicherheit) durchschlägt. Handelt es sich um die Herausgabe von Zinsscheinen einer im Prozeß hinterlegten Sicherheit, so ist § 109 ZPO entsprechend anwendbar (RG 72, 264). Nach § 1296 herausgegebene Scheine werden pfandfrei.

2. Auf den Inhaber gestellte Zinsscheine zu Inhaberpapieren bilden selbständige Inhaberpapiere; als solche können sie getrennt vom Hauptpapier in Verkehr treten und selbständig verpfändet werden (RG 5. 3. 17 IV 378/16).

3. Zinserneuerungsscheine (Talons) sind im Gegensatz zu den einzelnen Zinsscheinen nicht Träger selbständiger Schuldverbindlichkeiten, sondern nur Zubehörscheine (RG 4, 141; 31, 147; 74, 339). Gleichwohl schließt die Verpfändung von Wertpapieren nicht notwendig auch ein Pfandrecht an den zugehörigen Erneuerungsscheinen ein. Das Hauptpapier kann auch ohne den Zinserneuerungsschein verpfändet werden (RG 23, 269; 36, 120; 58, 162). Immerhin bildet ein derartiger Vorbehalt des Zinsgenußrechts die Ausnahme (RG 5. 3. 17 IV 378/16).



